Résolution des différends en droit de la famille: pour protéger le choix, pour promouvoir l'inclusion

décembre 2004

RESUMÉ

Rapport par Marion Boyd

Résumé

Le 25 juin 2004, le procureur général, l'honorable Michael Bryant, et la ministre déléguée à la Condition féminine, l'honorable Sandra Pupatello, ont confié à Marion Boyd la tâche d'entreprendre une étude sur le recours à l'arbitrage pour trancher des litiges de droit de la famille et de droit des successions ainsi qu'un examen de l'impact du recours à l'arbitrage sur les personnes vulnérables, dont les femmes, les personnes handicapées et les personnes âgées.

L'étude donne suite aux préoccupations exprimées sur la place publique, soit dans les médias, soit par le biais de groupes et de particuliers intéressés, concernant l'application du droit personnel musulman (souvent appelé la charia) dans les arbitrages. En raison de la vive confusion qui régnait dans les médias et dans l'esprit du public au sujet de la proposition par l'Institut islamique de justice civile d'établir un « Tribunal de la charia » en Ontario, il est devenu nécessaire d'examiner la question de l'utilisation de l'arbitrage dans ces affaires d'une façon approfondie et constructive. M^me^ Boyd, ancienne procureure générale et ancienne ministre déléguée à la Condition féminine, s'est vue chargée de recueillir et d'articuler les préoccupations des citoyens de l'Ontario, et de formuler des recommandations à l'attention du gouvernement. Le présent rapport est le fruit de ce processus d'étude. Il contient les conclusions et les recommandations de M^me^ Boyd.

Les redressements que les participants ont proposés pour protéger le processus d'arbitrage de l'Ontario et permettre l'utilisation durable des méthodes extrajudiciaires de règlement des différends en droit de la famille et en droit des successions ont rallié un solide consensus. Dans ce contexte, le rapport conclut qu'il convient d'établir un équilibre entre, d'une part, une tolérance et des adaptations nécessaires pour les groupes minoritaires qui privilégient un règlement extrajudiciaire de leurs différends, et, d'autre part, un engagement ferme envers l'autonomie individuelle. Il est essentiel de chercher des solutions qui, toute à la fois, respectent les droits des groupes minoritaires de l'Ontario et encouragent les membres de ces minorités à exercer sans crainte leurs droits individuels.

Arbitrage

L'arbitrage est une méthode volontaire de règlement des litiges à laquelle les parties ne s'engagent que volontairement. Le système judiciaire est le seul processus obligatoire de règlement des différends auquel les gens peuvent être contraints de participer sans leur consentement. L'auteure de l'étude a entendu que les décisions arbitrées étaient plus facilement acceptables par les parties, et qu'elles reflétaient davantage certains aspects des valeurs communes des parties. L'arbitrage religieux permet aux parties au litige de se soumettre à une série de valeurs et de règles communes qui peuvent présenter des différences avec le droit de l'Ontario. On peut interpréter le recours à la *Loi sur l'arbitrage* par

des communautés minoritaires comme un désir de se rapprocher de la collectivité en général en formalisant une méthode de prise des décisions qui n'existait pour l'instant que de façon informelle.

Droit de la famille

Le droit de la famille est un domaine donnant lieu à une compétence partagée entre les ordres de gouvernement fédéral et provincial. La plupart des litiges de droit de la famille se résolvent sans intervention des tribunaux, mais le recours aux méthodes extrajudiciaires de règlement des différends ne cesse de croître en importance. L'arbitrage ne peut résoudre que des litiges pour lesquels les parties peuvent conclure une entente; il ne peut pas changer le statut d'une personne en lui accordant le divorce ou en la désignant comme un parent. Les contrats familiaux, comme les ententes de séparation, sont souvent utilisés pour résoudre des litiges de droit de la famille, et le droit s'est doté d'un certain nombre de protections intégrées pour ce genre de contrats. L'auteure de l'étude a entendu des préoccupations au sujet de la polygamie et de l'enlèvement des enfants, mais elle souligne que ces questions ne sont pas touchées par l'arbitrage. Le droit pénal et les lois de protection de l'enfance se chargent de protéger les enfants contre les mauvais traitements et les tout le monde a le devoir de rapporter les cas où un enfant a besoin de protection.

L'importance de la *Charte*

Les citoyens de l'Ontario croient fermement dans les valeurs de justice, d'équité et d'égalité que prône la *Charte*. Ils ne considèrent pas le multiculturalisme comme un absolu, mais plutôt comme un concept qui doit se peser contre les libertés individuelles. Tous les participants à l'étude ont articulé le désir de protéger et d'améliorer l'accès à la justice, tout en divergeant profondément sur les moyens d'y parvenir. Ils ont tous fait preuve d'un vif intérêt pour la *Charte canadienne des droits et libertés*, bien que l'application d'un grand nombre des dispositions de la *Charte* dans le contexte de l'arbitrage ne soit pas claire. Néanmoins, l'auteure de l'étude ne conclut pas que la *Charte* interdit le recours à l'arbitrage pour trancher des litiges de droit de la famille et de droit des successions.

Violence faite aux femmes

Sensibiliser le public à la violence faite aux femmes et y mettre fin constituent un grave problème d'intérêt public dans la plupart des régions de la planète. Cette inquiétude se trouve confirmée par la *Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de la violence contre les femmes*. Il est impossible de lutter contre la violence faite aux femmes si les attitudes et les croyances qui la tolèrent persistent. Le règlement extrajudiciaire des différends s'accompagne du risque que la violence subsiste après la rupture de la relation. C'est la raison pour laquelle des protections doivent être mises en place. De nombreux répondants

ont reconnu le besoin, pour la communauté musulmane, de réagir contre les attitudes traditionnelles susceptibles de tolérer la violence envers les femmes.

Droit personnel

Le droit personnel désigne le droit qui règle le statut d'un particulier et son appartenance à une communauté ou à un groupe familial. Les causes de droit de la famille et de droit des successions entrent dans une catégorie du droit personnel qui s'est développée principalement à partir de sources religieuses. Tout au long de l'histoire, le droit personnel a été invoqué pour permettre à des groupes de conserver leur identité culturelle, en leur laissant le contrôle de leur définition de la famille et de la communauté. La pratique autorisant les individus à se soumettre au droit personnel de leur pays d'origine persiste encore aujourd'hui dans certaines régions d'Europe. Les lois de France et d'Allemagne en matière de citoyenneté prévoient qu'un individu soit soustrait aux lois de son pays de résidence, et que les lois de son pays d'origine lui appliquent.

Thèmes soulevés dans les observations

Les personnes consultées ont fait ressortir un certain nombre de thèmes distincts, et leurs propos sont fréquemment entrés en contradiction les uns avec les autres. Pour certains, l'arbitrage ne devrait pas être permis dans les différends en droit de la famille et en droit des successions, au motif qu'il serait contraire à la *Charte* et perpétuerait l'inégalité dans les cas de violence. Pour d'autres, l'arbitrage devrait être permis en raison de ses faibles coûts et de son efficacité. D'autres encore ont soumis que l'arbitrage religieux était souhaitable parce qu'il était protégé par la liberté de religion et qu'il faisait partie intégrante de la vie d'une personne croyante.

En fait, l'arbitrage religieux est déjà pratiqué par plusieurs groupes confessionnels différents. Bien que selon certains participants, le recours à l'arbitrage pour trancher des litiges de droit personnel risque de marquer le début d'un processus dont l'objectif ultime serait d'instaurer une identité politique distincte pour les musulmans du Canada, cette crainte ne correspond pas à l'expérience que nous ont relatée d'autres groupes qui utilisent l'arbitrage. De plus, les peuples des Premières nations du Canada représentent le seul groupe minoritaire qui jouit d'un droit défini de négocier avec l'État canadien en matière d'autonomie politique.

Le Canada est une société multiculturelle, et la tension fondamentale sur laquelle il y a lieu de se pencher naît de l'affrontement entre le respect pour un groupe minoritaire et la protection de l'individu au sein de ce groupe minoritaire. L'auteure de l'étude conclut que les lois d'un État séculier ne traitent pas tous les citoyens sur un pied d'égalité. La raison : l'histoire particulière des citoyens se répercute de façon différente dans l'impact de ces lois sur les individus. Si l'État accorde aux groupes culturels la liberté complète de décider des questions de

droit familial et de droit successoral, ces mêmes groupes risquent de bafouer les droits des individus qui en font partie et de soumettre certaines personnes à des formes de discrimination incompatibles avec la société canadienne. L'auteure de l'étude conclut qu'il est préférable de ne pas autoriser des groupes culturels à interdire à leurs membres l'accès aux lois et aux processus qui sont mis à la disposition de l'ensemble de la société.

Résumé des recommandations

1. **L'arbitrage devrait demeurer une option de règlement extrajudiciaire des différends offerte dans les affaires de droit de la famille et de droit des successions, sous réserve des autres recommandations de la présente étude.**

2. **La *Loi sur l'arbitrage* devrait continuer à autoriser l'arbitrage des différends en vertu du droit religieux, si les protections prescrites actuellement et recommandées par la présente étude sont observées.**

3. **L'article 51 de la *Loi sur le droit de la famille* devrait être modifié afin d'ajouter les ententes de médiation et les ententes d'arbitrage à la définition de « contrat familial », dans le but de faire tomber ces conventions sous le coup des protections générales de la partie IV de la Loi. Ces ententes devraient donc être faites par écrit, signées par les parties et confirmées par témoin.**

4. **Lorsque la partie IV de la *Loi sur le droit de la famille* s'applique, l'entente de médiation ou d'arbitrage devrait pouvoir être annulée pour les mêmes motifs que pour un autre contrat familial.**

5. **La partie IV de la *Loi sur le droit de la famille* devrait être modifiée afin d'établir que si une entente de cohabitation ou un contrat de mariage contient une convention d'arbitrage, cette dernière ne lie pas les parties à moins qu'elle ne soit confirmée, par écrit, au moment du différend et avant le début de l'arbitrage.**

6. **La confirmation par écrit ne devrait pas être obligatoire pour un arbitrage qui a lieu dans les circonstances suivantes :**

   (a) dans le cadre d'une entente de séparation,
   (b) à la suite d'une sentence rendue dans le cadre d'un arbitrage auquel il a été lui-même convenu au moment approprié,
   (c) à la suite d'une décision judiciaire.

7. Le paragraphe 55 (2) de la *Loi sur le droit de la famille* devrait être modifié afin d'exiger l'approbation préalable du tribunal pour un contrat familial conclu par un mineur en Ontario.

8. Le paragraphe 33 (4) de la partie III de la *Loi sur le droit de la famille*, autorisant le tribunal à annuler une disposition alimentaire qui figure dans un contrat familial ou un accord de paternité, devrait être modifié afin de permettre au tribunal d'annuler une sentence arbitrale pour les mêmes motifs (situation inadmissible, le bénéficiaire des aliments touche l'aide sociale, il y a défaut de verser les aliments).

9. La *Loi sur l'arbitrage* devrait être modifiée afin d'autoriser le tribunal à annuler une sentence arbitrale dans une affaire de droit de la famille ou de droit des successions dans les cas suivants :

   (a) La sentence n'est pas dans les meilleurs intérêts des enfants qu'elle vise;
   (b) Une partie à l'arbitrage n'a pas obtenu des conseils juridiques indépendants ou elle n'a pas renoncé au droit d'en recevoir;
   (c) Les parties ne possèdent pas une copie de la convention d'arbitrage et de la décision écrite avec les motifs;
   (d) Le cas échéant, une partie n'a pas reçu la déclaration de principe sur l'arbitrage religieux.

Les parties ne devraient pas être en mesure de renoncer à cette disposition.

10. La *Loi sur l'arbitrage* ou la *Loi sur le droit de la famille* devrait être modifiée afin d'octroyer des pouvoirs réglementaires au sujet d' rbitrages de différends en droits familial et successoral et d'imposer l'utilisation des formulaires et procédures réglementés.

11. Le paragraphe 72 (5) de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* devrait être modifié de façon à inclure explicitement les médiateurs et les arbitres dans la catégorie des personnes qui exercent des fonctions professionnelles liées par le devoir de déclarer le besoin de protection d'un enfant.

12. Les règlements pris en application de la *Loi sur l'arbitrage* ou de la *Loi sur le droit de la famille* devraient exiger que les conventions d'arbitrage dans des litiges de droits familial et successoral soient faites par écrit et qu'elles établissent :
    - la liste détaillée des questions renvoyées à l'arbitrage,

- que l'arbitrage est de nature exécutoire ou consultative,
- la forme du droit, s'il ne s'agit pas du droit de l'Ontario, qui sera utilisée pour trancher le litige, et s'il s'agit d'un droit religieux, la forme du droit religieux,
- si l'arbitrage est soumis au droit religieux, une déclaration selon laquelle la partie a reçu et lu la déclaration de principe sur l'arbitrage religieux avant de signer la convention;
- des détails explicites sur toute renonciation à des droits ou recours prévus par la *Loi sur l'arbitrage*;
- une déclaration explicite selon laquelle il n'est pas possible de renoncer aux recours judiciaires prévus à l'article 46 et au droit à un traitement juste et égal énoncé à l'article 19 de la *Loi sur l'arbitrage*;
- une déclaration explicite reconnaissant qu'il n'est pas possible de renoncer à la surveillance judiciaire des situations se rapportant aux enfants et que le paragraphe 33 (4) de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* est à respecter ;
- une déclaration explicite selon laquelle l'article 56 de la *Loi sur le droit de la famille* s'applique à la convention et qu'il n'est pas possible d'y renoncer, et qu'en conséquence une partie peut demander l'annulation de la convention pour des motifs additionnels, comme par exemple si ce n'est pas dans les meilleurs intérêts des enfants visés par la convention, s'il n'y a pas eu de divulgation entière et honnête des renseignements financiers, ou si une partie ne comprend pas la nature ou les conséquences de la convention.

13. Les règlements pris en application de la *Loi sur l'arbitrage* ou de la *Loi sur le droit de la famille* devraient exiger que les conventions d'arbitrage dans les différends en droits familial et successoral contiennent soit un certificat de conseils juridiques indépendants soit une renonciation explicite aux conseils juridiques indépendants.

14. Les règlements pris en application de la *Loi sur l'arbitrage* ou de la *Loi sur le droit de la famille* devraient exiger que les médiateurs et arbitres de différends en droits familial et successoral soient membres d'organisations professionnelles volontaires, ou qu'ils entrent dans une catégorie exclue définie par voie de règlement, afin que leurs décisions soient exécutables par les tribunaux de l'Ontario.

15. Les règlements pris en application de la *Loi sur l'arbitrage* devraient définir le concept d'un processus juste et égal dans le contexte des arbitrages en droit de la famille et en droit des successions.

16. Les règlements pris en application de la *Loi sur l'arbitrage* ou de la *Loi sur le droit de la famille* devraient exiger que les arbitres appliquant le droit religieux dans des arbitrages en droits familial et successoral élaborent une déclaration de principe sur l'arbitrage religieux qui explique les droits et obligations des parties ainsi que les processus existants en vertu de la forme du droit religieux choisie.

17. Les règlements pris en application de la *Loi sur l'arbitrage* ou de la *Loi sur le droit de la famille* devraient exiger que les arbitres appliquant le droit religieux distribuent leur déclaration de principe sur les arbitrages religieux à tous leurs clients éventuels.

18. Les règlements pris en application de la *Loi sur l'arbitrage* ou de la *Loi sur le droit de la famille* devraient exiger que les médiateurs et arbitres de différends en droits familial et successoral examinent les parties séparément pour détecter toute forme d'inégalité et de violence familiale, avant la conclusion de la convention d'arbitrage, en appliquant un processus d'examen uniformisé.

19. Les règlements pris en application de la *Loi sur l'arbitrage* ou de la *Loi sur le droit de la famille* devraient exiger que les médiateurs et arbitres de différends en droits familial et successoral certifient avoir examiné les parties séparément pour détecter toute forme de violence familiale, avoir passé en revue les certificats de conseils juridiques indépendants ou la renonciation aux conseils juridiques indépendants, et être convaincus que chaque partie a consenti à l'arbitrage volontairement et en connaissant la nature et les conséquences de la convention d'arbitrage.

20. Les règlements pris en application de la *Loi sur l'arbitrage* ou de la *Loi sur le droit de la famille* devraient stipuler que si les dossiers exigés aux recommandations 35, 36 et 37 ne sont pas tenus, une partie peut demander l'annulation de la sentence arbitrale.

21. Le certificat de conseils juridiques indépendants dans les affaires de droit de la famille et de droit des successions devrait attester que la partie a reçu des conseils sur les lois de l'Ontario et du Canada applicables à sa situation de fait, le droit de l'arbitrage et les recours offerts aux deux parties par le droit de la famille et le droit de l'arbitrage de l'Ontario.

22. Les services d'arbitrage qui effectuent des arbitrages en droits familial et successoral devraient distribuer la déclaration de principe sur les arbitrages religieux prévue aux recommandations 16 et 17 aux clients éventuels, avant que les clients consultent un avocat.

23. Si le droit religieux est choisi par la convention d'arbitrage pour un litige de droit de la famille ou de droit des successions, le certificat de conseils juridiques indépendants devrait explicitement confirmer que l'avocat a lu la déclaration de principe sur l'arbitrage religieux et qu'il est convaincu que la personne détient suffisamment de renseignements pour comprendre la nature et les conséquences du choix du droit religieux.

24. La renonciation aux conseils juridiques indépendants dans les litiges de droit de la famille ou de droit des successions devrait déclarer que la partie a renoncé au droit de recevoir des conseils sur le droit de la famille de l'Ontario et du Canada et sur le droit de l'arbitrage de l'Ontario, et si le droit religieux est choisi, la renonciation devrait préciser que la partie a reçu et considéré la déclaration de principe sur l'arbitrage religieux prévue aux recommandations 16 et 17.

25. Le gouvernement de l'Ontario devrait élaborer, en collaboration avec des organisations communautaires et des spécialistes, une série d'initiatives d'éducation publique, dans le but de sensibiliser le public au système juridique, aux options de règlement extrajudiciaire des différends et aux dispositions du droit de la famille.

26. Les initiatives prévues à la recommandation 25 devraient être adaptées linguistiquement et culturellement aux divers besoins des différentes communautés, et tenir compte des difficultés de communication de certains membres de la collectivité (p. ex., aveugles, sourds, etc.)

27. Toute campagne d'éducation publique mise au point devrait comprendre, mais sans y être limitée, des renseignements sur les sujets suivants :

    - Les droits et obligations généraux en vertu de la loi
    - Les questions soulevées par le droit de la famille
    - Les méthodes substitutives de règlement des différends
    - La *Loi sur l'arbitrage*
    - Les questions soulevées par le droit de l'immigration
    - Les soutiens communautaires

28. Les programmes d'information juridique à l'intention du public financés par le gouvernement de l'Ontario devraient présenter un

survol des options de règlement des différends en droit de la famille, notamment le processus d'arbitrage.

29. Les programmes d'information juridique en droit de la famille à l'intention du public financés par le gouvernement de l'Ontario devraient être ouverts à tous les membres de la collectivité qui souhaitent y participer, qu'ils soient ou non parties à une procédure devant les tribunaux.

30. Les Centres d'information sur le droit de la famille devraient offrir des renseignements préparés par et pour des communautés ethno-culturelles particulières, et dans leurs langues, au sujet des droits et responsabilités énoncés dans les lois de l'Ontario et du Canada.

31. Le gouvernement de l'Ontario devrait coopérer avec les organismes professionnels à l'élaboration d'un processus d'examen uniformisé pour détecter la violence familiale, qui serait utilisé dans les médiations et les arbitrages de différends en droits familial et successoral.

32. Le ministère du Procureur général, le Barreau du Haut-Canada et LawPro devraient créer un groupe d'étude conjoint chargé d'examiner l'utilisation de l'arbitrage dans les différends en droits familial et successoral, en vue d'élaborer et d'assurer une formation continue à l'attention des avocats au sujet de l'arbitrage et des conseils juridiques indépendants, et d'étudier l'impact des questions d'assurance et d'indemnisation publique sur l'intérêt public.

33. Le gouvernement de l'Ontario devrait collaborer avec des associations professionnelles de médiateurs et arbitres en vue d'assurer une formation sur les problèmes d'inégalité dans les litiges de droit de la famille et de droit des successions, l'utilisation du processus d'examen prescrit à la recommandation 18, et le processus de certification par l'arbitre des documents pour un litige de droit de la famille et de droit des successions comme le prévoit la recommandation 19.

34. Les directives des associations professionnelles volontaires pour la formation, la conduite et la compétence des médiateurs et arbitres devraient clairement expliquer leur devoir professionnel de déclarer le besoin de protection d'un enfant.

35. Les associations professionnelles volontaires de médiateurs et arbitres devraient exiger que dans les litiges de droits familial et successoral, si les médiateurs font de l'arbitrage durant les séances de médiation, la convention d'arbitrage précède le début de la

médiation, et que toutes les obligations de l'arbitre, énoncées aux recommandations 16, 17, 18 et 19, soient satisfaites avant le début de l'arbitrage.

36. Le ministère du Procureur général devrait coopérer avec des organisations professionnelles à l'examen des codes de déontologie existants et à l'évaluation de l'application de ces codes lorsqu'une personne exerçant des fonctions professionnelles tient des séances d'arbitrage ou de médiation.

37. Les décisions des arbitres dans les litiges de droits familial et successoral devraient être délivrées aux parties par écrit avec une copie de la convention d'arbitrage et toute annexe prescrite par voie de règlement. Les décisions devraient être accompagnées des motifs écrits.

38. L'arbitre de différends en droits familial et successoral devrait conserver des copies des décisions pendant au moins dix ans.

39. Les arbitres devraient être tenus de conserver des dossiers de chaque arbitrage de différend en droit de la famille ou en droit des successions, y compris les noms des parties et de leurs représentants (le cas échéant), la convention d'arbitrage, les certificats de conseils juridiques indépendants ou leurs renonciations, les documents déposés par les parties, un résumé des faits de l'affaire et la décision écrite. Des copies de ces dossiers devraient être mises à la disposition des parties sur demande. Si l'arbitre ne tient pas ces dossiers ou s'il ne donne pas accès aux dossiers lorsque la demande en est faite, la décision arbitrale est susceptible d'être annulée.

40. Les arbitres de litiges en droit de la famille et en droit des successions devraient être tenus de faire état, chaque année, au ministère du Procureur général, des renseignements cumulatifs et non identifiant suivants :

    - Le nombre d'arbitrages effectués,
    - Le nombre d'appels ou de motions en annulation et leur issue, si elle est connue (p. ex., procédure pendante, décision d'annulation, renvoi du tribunal à l'arbitre),
    - Toute plainte ou mesure disciplinaire contre eux dont ils ont connaissance et qui a été prise, au cours de l'année, par leur organisme professionnel ou les tribunaux.

41. Les arbitres de litiges de droits familial et successoral devraient être tenus de remettre au gouvernement de l'Ontario des résumés de

chaque décision, dénués de renseignements susceptibles de révéler l'identité des personnes concernées, et le gouvernement devrait autoriser la consultation de ces résumés, sur demande, à des fins de recherche, d'évaluation et de protection des consommateurs. Si, à l'avenir, les arbitres devaient former une profession dotée d'un pouvoir d'auto-réglementation, les résumés des décisions devraient être transférés à l'organe de réglementation de cette profession.

42. Les organismes d'inscription volontaire devraient considérer l'omission de donner accès aux décisions et de déposer les décisions conformément aux recommandations 40 et 41 comme un motif d'annulation de l'inscription de l'arbitre.

43. Le gouvernement de l'Ontario devrait encourager les organismes communautaires qui offrent des services d'arbitrage à élaborer du matériel d'information sur les droits et obligations prévus par le droit religieux et leur octroyer du financement à cette fin.

44. Le gouvernement de l'Ontario devrait encourager les organismes communautaires à coopérer avec des fournisseurs de ressources d'éducation publique chevronnés et le milieu juridique à la recherche et à l'élaboration de documents d'information publique efficaces qui expliquent les droits énoncés dans les lois de l'Ontario et du Canada, dans un style à la portée des communautés de divers milieux et cultures. Le gouvernement de l'Ontario devrait aussi leur octroyer du financement à cette fin.

45. Le ministère du Procureur général devrait établir un objectif à long terme d'auto-réglementation professionnelle des médiateurs et arbitres qui traitent des différends en droit de la famille et en droit des successions. Le ministère devrait travailler de concert avec des organisations professionnelles, y compris le Barreau du Haut-Canada et des organisations de médiation et d'arbitrage volontaires, en vue d'élaborer un processus de consultation qui aboutira à des directives sur la conduite et la qualification de ces professionnels.

46. Le ministère du Procureur général devrait mener une analyse plus approfondie de la légalité et de la désirabilité de l'exigence d'un niveau de surveillance judiciaire sur les règlements des différends en droits familial et successoral, régis par des principes religieux, plus élevé que pour les règlements des différends de nature non religieuse en vertu de la partie IV de la *Loi sur le droit de la famille*, en sus des motifs additionnels énoncés dans les présentes recommandations en vertu desquels les sentences arbitrales pourraient être contestées.

Résolution des différends en droit de la famille: pour protéger le choix, pour promouvoir l'inclusion

décembre 2004

par Marion Boyd

Le 20 décembre, 2004

L'honorable Michael Bryant
Ministère du procureur général
720 rue Bay, 11e étage
Toronto, Ontario
M5G 2K1

L'honorable Sandra Pupatello
Ministre déléguée à la Condition féminine
400 avenue University, 6e étage
Toronto, Ontario
M7A, 2R9

Cher Monsieur le procureur général, chère Madame la ministre déléguée à la Condition féminine :

Veuillez trouver ci-joint le rapport de mon enquête sur l'arbitrage des questions de droit familial et successoral, et son impact sur les personnes vulnérables. J'aurais l'honneur de discuter avec vous des recommandations au début de la nouvelle année.

Veuillez agréer, Monsieur, Madame, l'expression de mes sentiments les plus distingués.

Marion Boyd

Table des matières

Section 1:	Introduction et plan du rapport	2
Section 2:	Loi et pratique de l'arbitrage	9
Section 3:	Droit de la famille et successions	20
Section 4:	Résumé des consultations	32
Section 5:	Considérations d'ordre constitutionnel	77
Section 6:	Analyse	87
Section 7:	Suggestions soumises dans les mémoires	116
Section 8:	Recommandations	142
Annexe I	Mandat	153
Annexe II	Liste des participants	155
Annexe III	Liste des soumissions	164
Annexe IV	Règles de procédure pour la conciliation	167
Annexe V	Règles pour l'arbitrage	173
Annexe VI	Convention d'arbitrage (Epstein Cole LLP)	187
Annexe VII	Certificat d'avis juridique indépendant (B'nai Brith)	193
Annexe VIII	Déclaration sous serment (B'nai Brith)	196
Liste des abréviations		197
Bibliographie		198

Section 1 : Introduction et plan du rapport

La présente étude découle d'une suite d'évènements portés à l'attention du public à l'automne 2003[1]. Monsieur Syed Mumtaz Ali, un avocat ontarien à la retraite, est déterminé à garantir que les principes islamiques relatifs au droit de la famille et au droit successoral puissent être utilisés pour résoudre les litiges qui surviennent au sein de la communauté musulmane au Canada. Au terme de plus de vingt ans d'efforts, il a annoncé la création d'un nouvel organisme : l'Institut islamique de justice civile (IIJC). Cet Institut serait chargé d'arbitrer des litiges conformément au droit privé islamique. Selon M. Ali, ces services seraient offerts à la communauté musulmane de l'Ontario sous la forme d'un « Tribunal de la charia », tel que l'autorise la *Loi sur l'arbitrage de 1991*.

À la fin de 2003, dans ses premiers commentaires aux médias, M. Ali, président de l'IIJC, a affirmé que « désormais, dès lors qu'un arbitre tranche un litige, sa décision est finale et elle lie les parties, qui peuvent s'adresser au tribunal séculier canadien local pour la faire exécuter. La cour ne jouit d'aucune discrétion en la matière. L' [...] interdiction [d'appliquer la charia] a été levée. Pour régler les litiges, il n'y a d'autre choix que celui de faire appel à un tribunal d'arbitrage »[2]. La suite de son commentaire laissait sous-entendre qu'aussitôt le « Tribunal de la charia » mis sur pied, les musulmans auraient l'obligation, en vertu de leur foi, de ne s'adresser qu'à cette instance pour régler leurs différents. Cela s'imposerait s'ils souhaitent être considérés comme de « bons musulmans ». L'Institut a proposé d'offrir que les musulmans deviennent membres. Ils seraient dès lors contraints de régler leurs litiges personnels devant ce tribunal, sans pouvoir invoquer les lois canadiennes et ontariennes. En revanche, la déclaration de M. Ali soulignait également que le « Tribunal de la charia » serait régi par les lois du Canada et de l'Ontario puisque les musulmans qui vivent dans des pays non islamiques ont l'obligation de se conformer aux lois du pays où ils résident.

Ces déclarations, de même que les interviews subséquents dans les médias où les discussions ont porté sur la question de l'arbitrage en droit de la famille et en droit successoral, ont suscité de vives inquiétudes partout en Ontario et au Canada. Cela a notamment suscité une crainte aiguë que ne soit importé au Canada le type d'abus, surtout à l'endroit des femmes, mis au jour dans d'autres pays où prévaut la « loi de la charia » comme en Afghanistan, au Pakistan, en Iran et au Nigeria[3]. De nombreux groupes entendus dans le cadre de la présente étude ont également exprimé une crainte de même nature, à savoir que le fruit de nombreuses années de travail acharné pour établir fermement le droit à l'égalité au Canada ne soit anéanti par le recours à l'arbitrage privé, au détriment des femmes, des enfants et d'autres personnes vulnérables.

---

[1] Judy Van Rhijn, « *First steps taken for Islamic arbitration board* » *Law Times* (24 novembre 2003).
[2] [Traduction] Cité dans Judy Van Rhijn, « *First steps taken for Islamic arbitration board* », *Toronto Star*, (25 novembre 2004), en ligne: <www.thestar.com>.
[3] Joanne Lichman (*The National*, à la télévision de la CBC) (8 mars 2004).

Ces premiers commentaires émis par l'IIJC ont donné naissance à certains mythes tenaces quant à l'arbitrage en Ontario. Nombreux sont ceux qui n'avaient pas réalisé que la *Loi sur l'arbitrage* autorisait à régler à l'amiable les litiges de droits familial et successoral. De même, ils n'avaient pas conscience du fait qu'une sentence arbitrale rendue conformément à la Loi pouvait être exécutée par les tribunaux canadiens. Les déclarations de M. Ali, de même que celles de membres de la communauté musulmane qui se sont prononcés en faveur de la proposition de l'IIJC, laissaient sous-entendre que le gouvernement avait en quelque sorte accordé une permission exceptionnelle à l'IIJC pour qu'il mène à bien son projet. La perception que le gouvernement avait approuvé l'utilisation de la charia a commencé à se répandre dans la population. La croyance erronée selon laquelle le gouvernement avait modifié récemment la *Loi sur l'arbitrage* était largement répandue tant par la presse écrite que par les médias électroniques[4].

L'idée que l'IIJC détenait légitimement un quelconque pouvoir coercitif qui l'autoriserait à contraindre les musulmans de l'Ontario à régler leurs différends conformément au droit privé islamique plutôt que par le biais des tribunaux traditionnels découle directement des déclarations des représentants de cet organisme. Il est particulièrement troublant que ces déclarations aient été tenues pour avérées tant par la communauté musulmane que par l'ensemble de la communauté. En outre, la thèse erronée de l'IIJC selon laquelle les décisions arbitrales ne sont pas sujettes au contrôle judiciaire a été propagée sur la foi d'une mauvaise compréhension de la Loi de la part de la communauté, des médias et bien entendu de l'IIJC lui-même. Finalement, il est possible que la position de l'IIJC selon laquelle les [Traduction] « bons musulmans » s'en remettraient exclusivement aux services d'arbitrage musulmans ait muselé l'opposition de ceux qui se considèrent être dévots.

Les reportages médiatiques qui ont tenu ces malentendus pour avérés sans fouiller le sujet davantage n'ont rien fait pour clarifier le débat[5]. Les reportages plus justes et moins alarmistes étaient nettement minoritaires par rapport au courant majoritaire canadien[6]. En fait, aucun gouvernement n'avait apporté de modifications à la *Loi sur l'arbitrage* depuis son adoption en 1992. Avant cette année-là, l'arbitrage privé était légal en Ontario en vertu de la *Loi sur l'arbitrage*[7] antérieure. Ainsi, les litiges familiaux ont été soumis à l'arbitrage en raison de croyances religieuses depuis de nombreuses années dans des contextes juifs, musulmans et chrétiens.

---

[4] Voir à titre d'exemple : Lynda Hurst « *Ontario Shariah tribunals assailed* » *Toronto Star* (22 mai 2004), en ligne : < www.thestar.com>.

[5] Lynda Hurst « *Ontario Shariah tribunals assailed* » *Toronto Star* (22 mai 2004), en ligne: <www.thestar.com>; Lynda Hurst « *Protest rises over Islamic law in Toronto* » *Toronto Star* (8 juin 2004), en ligne: <www.thestar.com>.

[6] Laura Trevelyan « *Will Canada introduce Shariah law?* » *BBC News*, en ligne : <http://newsvote.bbc.co.uk>; Clifford Krauss « *When the Koran speaks, will Canadian law bend?* » *The New York Times* (4 août 2004) A4; Faisal Kutty et Ahmad Kutty « *Shriah courts in Canada: myth and reality* » *Law Times*, (31 mai 2004) p.7; « *Some Canadians may use Shariah law* » *AlJazeera.ne, en ligne:* < http://english.aljazeera.net>.

[7] *Loi sur l'arbitrage*, L.R.O. 1990, c. 17.

Alarmés par leur perception des conséquences de l'annonce de l'IIJC, un nombre d'Ontariens ont cherché à sensibiliser le gouvernement à la question. En mars et avril 2004, des membres du Conseil canadien des femmes musulmanes (CCFM) et de la International Campaign Against Sharia Court in Canada ont rencontré des représentants du gouvernement pour discuter de leurs préoccupations. Selon ces représentants gouvernementaux, comme l'IIJC se fondait sur la *Loi sur l'arbitrage* pour encadrer l'arbitrage volontaire privé, le gouvernement n'avait pas le mandat d'intervenir pour empêcher le projet de suivre son cours.

Le Barreau du Haut-Canada (BHC), à la fois à titre d'organisme de contrôle de la profession juridique en Ontario et à titre de groupe susceptible de se prononcer sur la nécessité qu'il existe un contrôle judiciaire des décisions arbitrales, a également été informé des préoccupations que suscitait le projet de l'IIJC. Le Comité d'accès à la justice du BHC s'est penché sur l'information à sa disposition et sur les questions que soulevait ce projet. Le Comité sur l'équité et les affaires autochtones du BHC a alors débattu de la question de façon à déterminer quelle mesure, le cas échéant, pourrait être mise en oeuvre par le Barreau, pour que le gouvernement soit informé des préoccupations de la profession juridique. Des groupes tels le Conseil national des femmes du Canada, l'Association nationale de la femme et du droit, et la Fédération canadienne des femmes diplômées des universités ont fait part de leurs inquiétudes d'une multitude de façons. Pendant ce temps, des citoyens mis au fait des nouveaux rapports et inquiétés par eux, ont commencé à communiquer avec leurs députés, avec le Procureur général, et la ministre déléguée à la Condition féminine.

Il n'est pas inutile de répéter qu'en dépit de la perception à l'effet contraire, le gouvernement n'avait ni modifié la législation ni adopté de nouvelle loi ou de nouveau règlement autorisant l'IIJC à mener des arbitrages conformément au droit islamique privé. C'est plutôt le libellé lui-même de la *Loi sur l'arbitrage* qui l'autorisait. En fait, le gouvernement n'avait jamais eu de contact avec l'IIJC avant le début de 2004 et n'avait jamais entendu parler de lui avant cette date. Etant donné que l'IIJC se contentait d'utiliser la *Loi sur l'arbitrage* tel qu'il avait été prévu qu'elle le soit, c'est-à-dire comme outil pour encadrer l'offre de services d'arbitrage privé, il n'était pas requis qu'il informe le gouvernement de son intention de mettre sur pied une entreprise en Ontario. L'IIJC proposait d'utiliser la *Loi sur l'arbitrage* comme le font plusieurs autres entreprises et organismes en Ontario pour trancher leurs litiges privés.

Il n'en demeure pas moins que des groupes de femmes musulmanes, des défenseurs des femmes et des intervenants du domaine juridique ont exprimé des préoccupations de plus en plus vives à l'égard des conséquences de l'utilisation de la *Loi sur l'arbitrage* pour trancher les litiges en droits familial et successoral, soit notamment d'autoriser que les principes du droit religieux prévalent dans ce type d'arbitrages. C'est pourquoi le Premier ministre a formellement demandé l'avis du Procureur général, Michael Bryant, et de la ministre déléguée à la Condition féminine, Sandra Pupatello (les ministres), quant à cette question. Peu après, les ministres ont sollicité mon aide pour discuter avec les communautés concernées.

En juin 2004, les ministres m'ont confié le mandat d'étudier l'utilisation de l'arbitrage privé pour trancher des causes en matières familiale et successorale. Je devais également me pencher sur l'impact que pourrait avoir le recours à l'arbitrage sur les personnes vulnérables. Selon mon mandat, je devais procéder à des consultations approfondies auprès des parties intéressées. Mon étude devait notamment comprendre un examen de la fréquence du recours à l'arbitrage pour trancher les litiges familiaux et successoraux, un exposé de la propension des parties à recourir aux tribunaux pour exécuter les sentences arbitrales et une évaluation de l'impact de l'arbitrage, le cas échéant, sur les femmes, les personnes âgées, les personnes handicapées, ou tout autre groupe vulnérable. Finalement, j'ai reçu le mandat de faire des recommandations, suite à mes consultations, pour répondre à certaines des préoccupations principales soulevées par l'arbitrage des litiges familiaux et successoraux en Ontario. (Voir l'annexe I)

En conséquence, j'ai donc cherché à rencontrer autant de personnes intéressées que possible. J'espérais ainsi examiner un large éventail de points de vue. Dans le cadre de mon étude, j'ai rencontré près de 50 groupes et j'ai parlé à un grand nombre d'individus, tant en personne qu'au téléphone. (Voir annexe II) De juillet à septembre 2004, j'ai rencontré des représentants d'un grand nombre d'organisations féminines dont des groupes d'immigrants et d'autres qui s'occupent de violence conjugale, des représentants et des organismes musulmans, juifs et chrétiens évangéliques, des représentants d'organismes juridiques, des avocats spécialisés en droit familial, des représentants d'organismes publics chargés de faire de la formation juridique, des universitaires, des chefs religieux et de simples citoyens. En outre, j'ai reçu d'innombrables lettres et propositions de citoyens préoccupés de l'ensemble de l'Ontario et d'ailleurs. J'ai pris soin de les lire attentivement. Le degré d'inquiétude suscité par l'utilisation des principes religieux pour arbitrer des causes de droits familial et successoral en Ontario, de même que l'attention accordée à cette question en Ontario, au Canada et partout sur la planète, n'ont fait que me convaincre du besoin de traiter cette question de manière entière et constructive. Le présent rapport est le fruit de tous les efforts que j'ai déployés afin d'atteindre cet objectif. Je suis profondément reconnaissante du temps, des efforts et du sérieux que m'ont accordés de si nombreuses personnes à qui je me suis adressées. Je tenterais de faire justice aux préoccupations qu'elles ont fait valoir, de même qu'au grand nombre de suggestions qu'elles ont formulées pour y faire face.

Je suis tout aussi reconnaissante de l'aide inestimable que m'ont apportée certains individus sans qui cette étude n'aurait pu être menée à terme. John Gregory, Juliette Nicolet, Anne Marie Predko, et d'autres membres du personnel du ministère du Procureur général ont apporté leur expertise, leurs conseils et leurs sagesses sans réserve. Ils m'ont renseignée sur le droit de la famille et le droit successoral, sur les dispositions de la *Loi sur l'arbitrage* elle-même et sur son évolution. De plus, ils m'ont conseillé quant aux consultations qu'il était appropriées de mener auprès de la communauté juridique et quant aux moyens susceptibles de pallier à certaines des préoccupations sérieuses mises au jour tout au long de la présente étude. Shari Golberg, Payal Kapur, et d'autres collègues de la Direction générale de la condition

féminine de l'Ontario ont facilité les rencontres avec les groupes de femmes préoccupés. Elles ont offert leur expertise quant à des questions précises comme celle de la violence faite aux femmes et elles ont exprimé leurs perceptions à l'égard des besoins de formation publique et professionnelle quant aux questions de l'arbitrage et du droit de la famille. Bien que je sois profondément redevable à ces collègues de leur patience inébranlable, des défis redoutables qu'ils ont relevés et de leur travail acharné, je suis seule responsable du présent rapport et de quelque erreur ou omission qu'il pourrait contenir.

Plan du rapport

J'ai divisé le présent rapport en plusieurs sections, de manière à traiter adéquatement des diverses questions soulevées durant l'étude. La première section comprend l'introduction de même que le plan du rapport. La deuxième section traite de la *Loi sur l'arbitrage* elle-même, puisqu'il s'agit clairement d'un élément central de l'étude. En effet, il s'agit de la loi qui autorise le recours à l'arbitrage pour trancher les litiges privés. D'abord, je discuterais de l'historique de l'arbitrage en Ontario et de l'élaboration de la *Loi sur l'arbitrage* en tant que telle. Puis, cette deuxième section tracera les limites du processus d'arbitrage, énoncera les mesures de protection de base prévues dans la *Loi sur l'arbitrage* et expliquera les principes de base qui régissent l'arbitrage en Ontario. Finalement, cette section traitera des limites légales, procédurales et substantives du recours à l'arbitrage, soit notamment du contrôle judiciaire auquel sont soumises les sentences arbitrales.

Le présent rapport serait incomplet s'il n'y était pas question des droits familial et successoral en Ontario et au Canada. La section trois brossera ainsi un tableau d'ensemble de ces domaines. Tout d'abord, j'y explique le partage des responsabilités en matière de droit familial entre les gouvernements fédéral et provinciaux. Comme le préambule de la *Loi sur le droit de la famille* énonce clairement qu'il y a égalité des sexes lors du règlement d'une séparation, cette question mérite d'être traitée. Mais encore, le rapport se penchera sur les droits individuels au moment d'une séparation ou d'un divorce, sur la garde des enfants et les droits d'accès, sur la détermination du meilleur intérêt de l'enfant, sur l'enlèvement international d'enfants, sur la polygamie, sur les contrats familiaux conclus en vertu de la partie IV de la *Loi sur le droit de la famille* de même que sur le droit des successions applicable avec ou sans testament. Il est nécessaire de couvrir tous et chacun de ces sujets pour comprendre les implications de l'utilisation de principes religieux dans le cadre d'arbitrage en droits familial et successoral.

La quatrième section établira un compte rendu du large éventail d'opinions et de préoccupations exprimées par les groupes et les individus qui ont fait valoir leurs points de vue durant l'étude. Je résumerai les arguments présentés puisqu'il serait beaucoup trop long de fournir les versions intégrales des contributions de chaque participant dans le cadre d'un rapport comme celui-ci. Je regrouperai les présentations dans cette section en fonction de thèmes ou de préoccupations communes. Le rapport contiendra

également un examen des considérations constitutionnelles pertinentes découlant des soumissions de contributeurs.

Dans la cinquième section, je tenterais d'expliquer qu'elles sont les limites de la portée de la *Charte* et les considérations politiques relatives à la liberté de religion, des clauses relatives au multiculturalisme et à l'égalité puisque les participants à l'étude y ont fait référence. Je traiterai également de l'interprétation qu'en ont donnée les tribunaux et le gouvernement.

Pour bien comprendre le sujet, il est également nécessaire d'analyser en profondeur certaines des questions de fond mises au jour durant l'étude. Ces questions relèvent de l'essence même de ce que nous sommes comme société. Ainsi, la sixième section du rapport porte sur l'examen des sujets suivants :

a) un survol historique du droit personnel fondé sur la religion;
b) la notion de la séparation de l'église et de l'état, ce qu'elle signifie au Canada tant sur le plan légal que sur le plan social;
c) le rôle potentiel et les impacts de la politique identitaire quant à ces questions;
d) les tensions entre le multiculturalisme et les droits à l'égalité dont notamment les droits des individus au sein des minorités;
e) le lien entre les priorités ontariennes en matière de politiques publiques quant à la violence faite aux femmes et aux enfants et l'utilisation de l'arbitrage privé pour traiter de questions de droit familial;
f) l'impact potentiel de sentences arbitrales sur l'appauvrissement des femmes et des enfants;
g) les questions d'accès à la justice inhérentes au droit de recourir à des processus judiciaires privés.

La septième section rapportera des suggestions concrètes de politiques et de réformes législatives et réglementaires formulées par des participants. De plus, j'y traite de la nécessité d'offrir de la formation au public quant aux questions soulevées par le présent rapport, au sein de groupes religieux et politiques spécifiques de même que dans la communauté en général. Je me penche sur les responsabilités qui devraient incomber au gouvernement et à divers groupes d'intérêts pour que les questions soient comprises et que les intérêts des personnes vulnérables soient adéquatement protégés.

La dernière section énoncera les recommandations à l'intention du Procureur général, Michael Bryant, et de la ministre déléguée à la Condition féminine, Sandra Pupatello, pour faire face aux difficultés soulevées par l'utilisation du processus d'arbitrage pour trancher les litiges en droits familial et successoral. Ces recommandations portent notamment sur des modifications législatives et réglementaires qui devraient être adoptées, de même que sur des mesures non législatives qui devraient être mises en place, tel l'accroissement de la formation juridique du public et des professionnels.

Un bref commentaire sur le style et l'orthographe s'impose sans doute. Bien que le texte du rapport respecte des règles d'orthographe et de style homogènes, plusieurs des documents soumis à l'étude ne le faisaient pas. Dans un effort pour que la voix de chacun des intervenants y soit reconnaissable, je n'ai modifié ni le style ni l'orthographe des citations extraites des documents qui ont été soumis. Je les ai plutôt laissées intactes.

Section 2 : Loi et pratique de l'arbitrage

La présente section de mon rapport donne un aperçu de la *Loi sur l'arbitrage*. Il est apparu très clairement, au cours des consultations, que de nombreux participants, même s'ils avaient tenté de lire la Loi, se méprenaient quant à la façon dont elle s'appliquerait dans les faits. Je tenterai, dans la présente section, de décrire le contexte juridique dans lequel la *Loi sur l'arbitrage* s'applique et d'expliquer certaines dispositions de la Loi afin de faire ressortir les droits et obligations qui découlent de celle-ci.

Règlement privé et règlement public des différends

Tout comme dans le cas de n'importe quelle autre loi, il est important de connaître les rouages de la législation en matière d'arbitrage. Les différends soumis à l'arbitrage sont semblables à tout autre litige en ce sens que l'arbitrage aura lieu uniquement lorsque les parties au différend voudront se fonder sur le droit pour régler un conflit. De la même manière, si la procédure d'arbitrage n'est pas conforme à la Loi ou porte atteinte aux droits des parties, la personne qui s'estime lésée devra s'adresser au tribunal pour obtenir réparation. La personne qui se plaint de la conduite d'une autre personne doit habituellement demander l'aide du tribunal en intentant une action en justice. L'État ne dispose pas d'agents qui arpentent les rues en vue de redresser des torts, sauf si un crime a été commis, si une inspection de salubrité et de sécurité est nécessaire ou même, pourrait-on ajouter, si des mesures doivent être prises pour protéger un enfant. La société s'attend à ce que les gens veillent à leurs propres intérêts, mais elle permet également aux parties à un différend de résoudre celui-ci elles-mêmes si elles le souhaitent. L'État met en place des mécanismes de règlement des différends (les tribunaux de droit commun et les tribunaux spécialisés), mais il ignore qui a besoin des services qu'il offre ou qui désire s'en prévaloir tant que les gens n'y ont pas recours.

Les gens qui vivent ensemble au sein de la société se trouveront inévitablement mêlés à des conflits les opposant à d'autres, qui peuvent être des membres de leur famille, des amis, des voisins, des employeurs, des entreprises ou des gouvernements. Ils peuvent également choisir entre divers modes de règlement des conflits. Ils peuvent par ailleurs ignorer ces conflits ou rester en dehors de ceux-ci. Ils peuvent les régler directement avec l'autre partie concernée, par des discussions informelles ou par des négociations formelles, ou même en ayant recours à des mesures arbitraires, par exemple en tirant à pile ou face. Ils peuvent demander l'aide d'autres personnes qui n'ont rien à voir avec le conflit, par exemple lorsque chacune des parties engage un conseiller professionnel. Les parties peuvent demander l'aide d'une personne indépendante pour régler leur différend, en cherchant à obtenir les conseils de ce tiers neutre. Elles peuvent demander à un tiers de les aider plus ou moins activement ou formellement à conclure une entente, une procédure qu'on appelle la médiation.

Les parties à un différend peuvent par ailleurs abandonner l'idée de chercher à régler le différend à l'amiable et plutôt choisir de laisser un tiers neutre trancher la question. Lorsque les parties conviennent de cette solution, elles soumettent leur différend à la

procédure appelée « arbitrage ». Les parties acceptent alors de se conformer à la décision que l'arbitre rendra, qu'elles soient ou non d'accord avec cette décision. Bref, les parties s'entendent sur une procédure de règlement de leur différend, non pas sur le résultat. Pour qualifier ces méthodes substitutives de règlement des différents, de même que quelques autres telles que les mini-procès, les procès fictifs ou les évaluations préliminaires par un arbitre, on parlera souvent de « règlement extrajudiciaire des différends » (ou REC). Le terme « extrajudiciaire » signifie que l'affaire ne sera pas réglée par l'appareil judiciaire. La meilleure façon de classer ces méthodes est de se demander si les parties au différend conviennent elles-mêmes d'un règlement ou si une autre personne tranchera le différend pour elles.

Toutes ces procédures sont de nature privée; elles sont engagées indépendamment de la loi, et elles n'impliquent pas la participation du gouvernement ni de l'État. Si ces procédures fonctionnent, c'est parce que les parties au différend ont convenu d'un règlement ou d'une procédure permettant d'arriver à un règlement. Le gouvernement n'entend jamais parler de ces différends (sauf s'il y est lui-même partie), et on ne lui demandera pas d'intervenir dans ces affaires, sauf si les tribunaux en sont saisis parce que de nouveaux conflits surgissent. La société civile s'organise indépendamment du gouvernement.

Le fait que la société civile puisse s'organiser de façon indépendante sert les intérêts du gouvernement – l'État – à plusieurs égards. Le fait que les gens puissent arriver à un règlement pacifique de leur différend et que la population adulte puisse assumer la responsabilité de ses actes présente un intérêt de principe pour le gouvernement. Celui-ci a également tout intérêt, sur le plan pratique, à ce que les conflits soient réglés sans l'intervention des institutions étatiques officielles. Le règlement privé des différends a pour effet de désengorger les tribunaux et d'ainsi permettre aux juges – qui sont dûment formés – de trancher les affaires les plus difficiles, c'est-à-dire celles qui ne peuvent être réglées par voie de règlement privé.

La possibilité de régler les différends sans l'intervention des tribunaux civils présente également plusieurs avantages pour les particuliers. Les règlements privés sont davantage susceptibles de satisfaire les parties et, par conséquent, d'avoir un effet durable, étant donné que les parties ont convenu d'un tel règlement entre elles en fonction de leurs besoins particuliers, ce qu'un tribunal ne serait probablement pas en mesure de faire. En outre, le règlement privé des différends offre l'avantage d'éviter que l'affaire ne soit publicisée. Le différend ou les faits de l'affaire peuvent être source d'embarras pour les deux parties. Les procédures de règlement extrajudiciaire favorisent également une plus grande souplesse que les instances judiciaires, notamment en ce qui a trait aux délais, à la procédure et aux résultats éventuels. Elles peuvent être considérablement moins onéreuses et plus expéditives que les instances judiciaires.

Pour toutes ces raisons, le gouvernement a pris des mesures afin de favoriser le règlement privé des différends. Par suite du processus de révision de la justice civile qui a eu lieu au milieu des années 1990 en Ontario, la plupart des actions civiles sont

renvoyées à la médiation obligatoire avant que les tribunaux ne soient saisis de l'affaire. Les affaires en droit de la famille constituent la seule exception : on continue à encourager les parties à recourir à la médiation, mais elles n'y sont pas obligées. Un bon indice du fait que le gouvernement favorise le règlement privé des différends est l'adoption de mesures législatives visant à aider la conduite des arbitrages. Celles-ci prévoient des règles de procédure à l'intention des arbitres, exigent que les tribunaux désignent un arbitre lorsque les parties sont incapables de s'entendre sur le choix d'un arbitre, et permettent aux tribunaux civils d'exécuter les décisions des arbitres du secteur privé.

Historique de l'arbitrage en Ontario

En 1990, la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, un organisme de réforme et d'harmonisation du droit qui rassemble des juristes des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux, a adopté une Loi uniforme sur l'arbitrage et a recommandé que les provinces et les territoires adoptent cette loi[8]. L'Ontario figure parmi les premières provinces à avoir adopté la loi uniforme; en tout, sept provinces l'ont adoptée à ce jour[9]. Depuis 1992, cette loi est intitulée *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, L.O. 1991, chap.17[10]. La Loi est fondée sur le principe fondamental selon lequel les parties qui ont accepté de résoudre leur différend en se conformant à la décision d'un tiers qu'elles ont elles-mêmes choisi seront liées par un tel accord.

La Loi uniforme sur l'arbitrage découle de l'évolution des attitudes en ce qui concerne l'arbitrage. Ces changements reflétaient essentiellement, d'une part, le fait que la société reconnaissait davantage la légitimité de l'arbitrage en tant que mode de règlement des différends et, d'autre part, une confiance accrue en l'habileté des arbitres de choisir parmi une gamme de décisions. La nouvelle loi limitait le pouvoir discrétionnaire des tribunaux de superviser les arbitrages (ou, comme certains l'affirmaient, de modifier la décision des arbitres). Ce pouvoir discrétionnaire a ainsi été restreint en ce qui a trait à la fois à l'arrêt des procédures lorsque les parties ont convenu de soumettre leur différend à l'arbitrage et à l'exécution des sentences arbitrales.

La Loi uniforme sur l'arbitrage ne vise pas uniquement les arbitrages commerciaux, pas plus que la version ontarienne de cette loi, la *Loi sur l'arbitrage*. L'ancienne loi sur l'arbitrage de l'Ontario, qui date du 19e siècle, s'appliquait déjà à tous les arbitrages et

---

[8] Les principes de la réforme sont précisés dans le compte rendu de 1989 de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada *Proceedings of the Seventy-First Annual Meeting* et peuvent être consultées en ligne à l'adresse suivante : <http://www.bcli.org/ulcc/proceedings/1989.pdf>; tandis que la Loi uniforme et les annotations figurent dans le compte rendu de 1990 et peuvent être consultées en ligne à l'adresse suivante: <http://www.ulcc.ca/fr/us/arbitratfr.pdf>.

[9] Les sept provinces sont l'Alberta, la Saskatchewan, le Manitoba, l'Ontario, le Nouveau-Brunswick, l'Île-du-Prince-Édouard et la Nouvelle-Écosse.

[10] S.O. 1991 c. 17, en ligne à l'adresse suivante: <http://www.elaws.gov.on.ca/DBLaws/Statutes/French/91a17_f.htm>.

non seulement à l'arbitrage des différends commerciaux[11]. En particulier, l'ancienne loi et la nouvelle loi s'appliquent à l'arbitrage des différends familiaux et successoraux. Les différends opposant les membres d'une famille ont souvent trait à des questions personnelles délicates, de sorte que les parties tentent de les régler elles-mêmes. La loi ne les empêche pas de prendre des dispositions en ce sens[12].

La loi sur l'arbitrage

Le groupe d'étude a constaté que les gens exprimaient des opinions fort différentes lorsqu'on leur demandait s'il valait mieux, sur le plan social ou sur le plan de la justice, adopter une politique qui oblige les gens à s'adresser aux tribunaux pour régler certains types de différends civils plutôt que de leur permettre d'avoir recours à des mécanismes privés tels que l'arbitrage. La présente étude fait état de la tension entre les personnes qui estiment qu'il est nécessaire de protéger les personnes vulnérables et celles qui font preuve d'un certain paternalisme fondé sur des hypothèses controversées en ce qui a trait à la vulnérabilité.

Tout comme dans le cas des autres modes de règlement privé des différends, les parties à un conflit ont recours à l'arbitrage parce qu'elles le désirent. Si les deux parties ne consentent pas à l'arbitrage, cette solution sera abandonnée. Le gouvernement a prévu un régime particulier de règlement des différends dans le cas des personnes qui ne veulent pas avoir recours à quelque autre mode, à savoir le système judiciaire[13].

L'arbitrage est fondé sur un contrat. La loi parle de convention d'arbitrage[14]. Ce contrat est lui-même exécutoire. En d'autres termes, si une partie consent réellement à l'arbitrage mais qu'elle change d'idée par la suite, la loi donnera quand même effet au contrat si l'autre partie continue à vouloir faire respecter le contrat. Comme n'importe quel autre contrat, ce contrat peut être modifié, mis de côté ou résilié si les deux parties changent d'idée[15]. La *Loi sur l'arbitrage* donne effet à la convention en prévoyant le sursis de toute instance introduite relativement à un conflit que les parties ont consenti à soumettre à l'arbitrage[16]. L'arbitrage peut être poursuivi même si une des parties refuse d'y participer, et il peut donner lieu à une décision (« sentence ») qui est exécutoire de la même manière qu'un jugement.

---

[11] La Colombie-Britannique a adopté sa loi sur l'arbitrage commercial (*Commercial Arbitration Act*) en 1986 (maintenant R.S.B.C. 1996, c. 55). Malgré son titre, cette loi s'applique elle aussi à tous les arbitrages; elle accorde cependant un plus grand pouvoir discrétionnaire aux tribunaux que ne le fait la Loi uniforme, puisque ceux-ci peuvent refuser d'exécuter une convention d'arbitrage ou une sentence.

[12] Certaines restrictions s'appliquent quant aux questions d'ordre familial qui peuvent être réglées par les parties elles-mêmes. Il sera question de ces restrictions plus loin. Il sera également question de l'arbitrage des différends familiaux dans la section traitant du droit de la famille.

[13] Le recours aux tribunaux est obligatoire en ce sens qu'une partie peut obliger l'autre à répondre à la demande qu'elle a présentée devant le tribunal. Au moins une des parties au différend doit avoir choisi de s'adresser à un tribunal. De manière générale, rien n'oblige les parties à un différend à recourir aux tribunaux si ni l'une ni l'autre ne le souhaite.

[14] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 2.

[15] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 5(5) : « La convention d'arbitrage ne peut être révoquée que conformément aux règles ordinaires du droit des obligations. »

[16] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 7.

La Loi s'applique à tous les arbitrages, sauf à ceux qu'elle exclut expressément parce qu'ils sont régis par des lois spéciales, tels que les arbitrages en relations de travail et les arbitrages commerciaux internationaux. Elle prévoit des règles de procédure lorsque les parties n'en ont pas prévues. En général, les parties sont libres de fixer la procédure qui leur convient, et leur convention l'emportera sur la Loi. Toutefois, certaines restrictions s'appliquent à ce principe; elles seront examinées plus loin, dans la section portant sur les restrictions applicables à l'arbitrage. Cette souplesse rend l'arbitrage plus intéressant pour de nombreuses parties.

Un exemple de cette souplesse est le choix de l'arbitre. La Loi n'exige pas que l'arbitre ait des compétences particulières – les parties au conflit peuvent choisir toute personne en qui elles ont confiance. C'est à elles qu'il revient de décider s'il est important que l'arbitre qu'elles choisiront ait une formation ou de l'expérience en arbitrage. La Loi impose une seule règle à cet égard : l'arbitre devrait conserver sa neutralité face aux deux parties[17], et celles-ci peuvent accepter de modifier cette règle. (Les parties accepteront habituellement un tel changement lorsque chacune d'elles a nommé son propre arbitre et que les deux arbitres nommés choisissent un arbitre neutre qui agira à titre de président – cette méthode ressemble à celles des arbitrages en relations de travail.)

Le tribunal peut nommer un arbitre si les parties ne peuvent s'entendre sur le choix d'un arbitre ou si l'une d'elles refuse de participer à l'arbitrage. La sentence de l'arbitre doit être rendue sous forme écrite et être motivée[18]. L'arbitre doit trancher le différend conformément à la loi, sauf convention contraire des parties[19]. La Loi permet expressément aux parties de choisir quelles règles de droit s'appliqueront; si les parties n'en ont pas choisies, l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées[20]. Dans le cas des parties établies en Ontario, ce serait normalement le droit de l'Ontario qui s'appliquerait.

Les rédacteurs de la *Loi sur l'arbitrage* envisageaient la possibilité de choisir des règles de droit applicables ailleurs qu'en Ontario. Toutefois, le libellé de la Loi semble permettre le choix de règles de droit différentes, telles que la loi religieuse ou même une série de règles établies par une organisation privée ou par les parties elles-mêmes, pour régir leurs rapports. Étant donné qu'il y a arbitrage uniquement lorsque les parties le désirent, celles-ci peuvent prévoir cette partie du processus tout comme les autres. Elles peuvent si bon leur semble choisir un arbitre en particulier parce qu'il connaît bien les règles de droit qu'elles ont arrêtées.

La décision d'un arbitre est appelée une sentence arbitrale. Une fois que la sentence est rendue, si une partie qui s'est vu ordonner de faire une chose omet de le faire,

---

[17] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 11(1). Art. 46(1) indique qu'un des motifs pour lesquels le tribunal peut annuler une sentence est la crainte raisonnable que l'arbitre ait fait preuve de partialité.
[18] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 38.
[19] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 31.
[20] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 32(1).

l'autre partie peut demander au tribunal de rendre un jugement mettant à exécution la sentence, puisque les parties ont indiqué par contrat qu'elles seraient liées par les résultats de l'arbitrage[21]. Il en va de même des sentences rendues ailleurs au Canada. (Dans le cas des sentences arbitrales rendues à l'étranger, une autre loi ontarienne prévoit un régime semblable mais non identique[22].) Le tribunal est tenu de rendre un tel jugement, sauf si un appel de la sentence ou une requête en annulation de la sentence a été présenté, si le délai d'appel n'est pas expiré ou si la sentence a été annulée en appel. L'arbitre peut attribuer les dépens de l'arbitrage à la partie qui a eu gain de cause[23], comme c'est le cas dans une action en justice, et le tribunal peut exécuter cet élément de la sentence ainsi que les autres éléments de celle-ci. En l'absence de sentence touchant les dépens, chaque partie assume une quote-part égale des frais reliés à l'arbitrage[24].

Restrictions applicables à l'arbitrage

Bien que la politique qui sous-tend la *Loi sur l'arbitrage* soit de favoriser l'arbitrage et, de manière générale, de faire confiance au processus arbitral, le législateur ne présume pas tout simplement que les décisions rendues par des parties privées sont aussi valables que celles rendues par les tribunaux « publics ». La loi établit à l'égard du processus un certain nombre de limites et de normes de protection qui peuvent empêcher soit le règlement d'un conflit par voie d'arbitrage soit la mise à exécution d'une sentence. Il peut s'agir de contraintes juridiques ou procédurales ou de contraintes de fond.

(i) Contraintes juridiques

Le fait que l'arbitrage doit être volontaire constitue la principale contrainte juridique. Il y aura règlement privé d'un différend uniquement lorsque les parties auront consenti à l'arbitrage. Ce sont les parties qui confèrent des pouvoirs à l'arbitre, tandis que la Loi joue un rôle supplétif et parfois protecteur. L'arbitre n'a pas le pouvoir d'ordonner aux parties de faire une chose qu'elles n'auraient pu elles-mêmes convenir de faire. De la même manière, l'arbitre ne peut leur ordonner de faire quelque chose d'illégal aux termes de la législation canadienne (puisque les parties ne peuvent légitimement accepter d'enfreindre la loi). Ainsi, par exemple, l'arbitre ne pourrait permettre aux parties de faire quelque chose que le *Code criminel* ou une autre loi interdit.

La convention d'arbitrage est un contrat entre les parties; elle est exécutoire en droit comme tout autre contrat, mais elle n'est pas plus valable que les autres contrats. C'est ce qu'illustrent les motifs pour lesquels un tribunal peut refuser de surseoir à l'instance ou peut annuler une sentence, à savoir le fait qu'une partie a conclu la convention alors qu'elle était frappée d'incapacité juridique (par exemple parce qu'elle était mineure, a

---

[21] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 50.
[22] *Loi sur l'arbitrage commercial international*, L.R.O. 1990 c. I.9.
[23] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 54.
[24] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 54(4).

fait l'objet de menaces ou était frappée d'incapacité mentale) ou que la convention était nulle pour tout autre motif juridique[25].

Ainsi, la convention d'arbitrage ne peut lier les enfants; ceux-ci n'ont pas la capacité de conclure un contrat, c'est-à-dire de consentir à l'arbitrage. La convention peut lier les parents à l'égard de questions qui concernent leurs enfants, mais, comme nous le verrons ci-après, les tribunaux conserveront toujours leur droit de garantir le meilleur intérêt de l'enfant, peu importe ce à quoi les parents ont consenti soit directement soit dans le cadre de l'arbitrage.

De la même manière, l'arbitre peut uniquement trancher les questions que les parties ont convenu de renvoyer à l'arbitrage. Le contrat fixe l'étendue des pouvoirs de l'arbitre. Le tribunal peut refuser de laisser un arbitre procéder à l'arbitrage si ce dernier entend traiter de questions que les parties n'ont pas convenu de soumettre à l'arbitrage, et il peut annuler une sentence si elle dépasse la portée de la convention[26].

Une autre contrainte juridique a pour effet d'atténuer la force exécutoire de la convention d'arbitrage par rapport aux autres types de contrats : l'objet du différend doit pouvoir « faire l'objet d'un arbitrage aux termes des lois de l'Ontario ». La plupart des différends civils (c.-à-d. entre des parties privées) peuvent être soumis à l'arbitrage. Cependant, les infractions criminelles ne constituent pas des différends entre des parties mais plutôt entre l'État (la Couronne) et l'auteur de l'infraction. Ces infractions ne peuvent être renvoyées à l'arbitrage. De la même manière, les questions qui impliquent une reconnaissance publique de l'état civil ne peuvent être modifiées par un arrangement privé. Les parties peuvent décider de faire trancher par un arbitre uniquement leurs propres affaires privées. Par exemple, l'enregistrement d'un brevet d'invention, la reconnaissance de la paternité (filiation) ou le statut du mariage ne peut faire l'objet d'un arbitrage. Par conséquent, les arbitres ne peuvent accorder un divorce civil. Seul un organisme public (un tribunal) peut rendre une ordonnance en ce sens. Cela n'empêche toutefois pas les autorités religieuses d'accorder un divorce religieux. Ce pouvoir peut être exercé de la manière établie par les autorités religieuses. Le divorce civil peut uniquement être accordé aux termes de la *Loi sur le divorce (Canada)* et ne peut faire l'objet d'un arbitrage. Toute sentence censée produire un tel effet peut être annulée ou simplement ignorée.

(ii) Contraintes procédurales

Les parties ne peuvent convenir de refuser de donner suite à la décision d'un tribunal de mettre une sentence à exécution[27]. Elles peuvent cependant renoncer à l'application de l'article 37 ou modifier l'application de cette disposition, laquelle indique que la sentence lie les parties. En d'autres termes, les parties peuvent décider que l'arbitrage

---

[25] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 7, 46(1).
[26] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 48. Voir également l'article 6, qui indique qu'un des motifs pour lesquels un tribunal peut intervenir dans un arbitrage est de « veiller à ce que les arbitrages soient effectués conformément aux conventions d'arbitrage. »
[27] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 3.

aura uniquement une valeur consultative. Si c'est ce qu'elles font, alors les droits d'appel (auxquels chacune des parties peut renoncer, comme nous le verrons plus loin) et les droits d'exécution prévus par la *Loi sur l'arbitrage* ne s'appliqueraient en toute logique pas aux sentences rendues. Les parties auraient cependant toujours le droit de faire valoir les autres garanties de fond et de procédure.

Au cours de l'arbitrage, les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et avec équité[28]. Les parties ne peuvent renoncer à cette obligation de l'arbitre[29]. Cela implique que chaque partie doit avoir la possibilité de présenter son exposé des faits et de répliquer à celui de l'autre partie. De la même manière, les parties doivent être avisées en bonne et due forme de la tenue de l'arbitrage et de toute étape importante de l'arbitrage. Sinon, le tribunal pourrait annuler toute sentence rendue par l'arbitre.

Le tribunal peut proroger le délai – fixé dans la *Loi sur l'arbitrage* – dans lequel l'arbitre doit rendre sa sentence, de manière à ce que l'arbitrage mène à une conclusion valable[30]. Les parties ne peuvent nier au tribunal ce pouvoir de proroger le délai[31].

Les tribunaux peuvent également annuler la sentence lorsqu'elle a été obtenue frauduleusement ou que l'arbitre a agi avec partialité ou semble réellement avoir agi avec partialité[32]. Les parties ne peuvent prévoir par contrat les motifs – essentiellement les motifs contractuels susmentionnés et les motifs procéduraux mentionnés ici – pour lesquels la sentence peut être annulée[33].

La *Loi sur l'arbitrage* permet à une partie qui soutient ne pas avoir consenti à l'arbitrage et qui n'y a pas participé de faire annuler tout présumé arbitrage[34]. Cette règle ne peut non plus être supprimée par convention[35].

La *Loi sur l'arbitrage* permet également aux parties de prévoir par convention qu'elles ont le droit de faire appel de la sentence devant le tribunal relativement à des questions de droit ou de fait. Si la convention ne traite pas de la question des appels, une partie peut former un appel sur des questions de droit, mais uniquement avec l'autorisation du tribunal[36]. Pour que cette autorisation lui soit accordée, la partie doit convaincre le tribunal de l'importance de l'appel. La convention d'arbitrage peut supprimer tout droit d'appel[37]. Il peut être difficile pour un tribunal de l'Ontario de trancher un appel lorsque

---

[28] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 19. Voir également l'article 6, qui indique que le tribunal peut également intervenir pour « empêcher que des parties aux conventions d'arbitrage soient traitées autrement que sur un pied d'égalité et avec équité. »

[29] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 3.

[30] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 39.

[31] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 3.

[32] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 46(1).

[33] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 3.

[34] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 48.

[35] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 3.

[36] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 45.

[37] L'article 3 de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* ne mentionne pas l'article 45 à titre de disposition que les parties ne peuvent exclure. La loi ontarienne diffère à cet égard de la Loi uniforme sur l'arbitrage; celle-ci ne permet pas aux parties de renoncer aux appels sur des questions de droit avec l'autorisation du tribunal.

l'arbitre a rendu sa sentence en conformité avec une loi autre qu'une loi ontarienne. Habituellement, le tribunal exigerait la production de la loi non ontarienne en question à titre de preuve. Le tribunal d'appel peut rendre sa propre décision ou renvoyer l'affaire devant l'arbitre afin qu'il rende la décision qui convient, ou encore donner à ce dernier des directives touchant la conduite de l'arbitrage[38].

En outre, le tribunal ne peut rendre un jugement mettant à exécution une sentence si celle-ci peut encore être portée en appel, si une requête en annulation de la sentence peut être présentée, si un appel est en instance ou si l'appelant a eu gain de cause[39].

(iii) Contraintes de fond

Un certain nombre d'autres contraintes viennent restreindre le pouvoir des tribunaux de mettre une sentence à exécution. Au moins un tribunal ontarien a jugé que l'obligation de traiter les parties sur un pied d'égalité et avec équité ne se limitait pas aux questions de procédure mais s'appliquait également au fond de l'affaire[40].

Les tribunaux ontariens ont refusé de rendre un jugement mettant à exécution une sentence arbitrale portant sur la garde des enfants, non pas au motif que les enfants n'étaient pas parties à la convention arbitrale, mais parce que le tribunal a la compétence générale (une compétence « *parens patriae* ») de surveiller comment les enfants sont traités et de s'assurer qu'il est tenu compte de le meilleur intérêt de ces derniers[41].

La *Loi sur l'arbitrage* indique qu'une sentence obtenue frauduleusement peut être annulée[42].

Le tribunal peut refuser d'accorder un redressement qu'il n'aurait pas la compétence d'accorder ou qu'il n'aurait pas accordé[43]. Les tribunaux ordonnent aux gens de verser de l'argent ou de céder des biens à une autre personne, de faire ou de s'abstenir de faire quelque chose en conformité avec la convention qu'ils ont conclue ou d'agir avec honnêteté. Leurs décisions se limitent habituellement à cela.

La Loi n'accorde pas expressément aux tribunaux le droit d'examiner le bien-fondé de la sentence, si ce n'est lorsqu'ils sont saisis d'un appel. Ils n'ont pas le pouvoir de refuser de mettre une sentence à exécution au motif que la sentence est contraire à une « politique officielle », quelque soit la définition qu'on puisse donner à cette expression. Néanmoins, le pouvoir du tribunal – prévu au par. 50(7) – de refuser d'exécuter une sentence vise un redressement que le tribunal n'a pas la compétence

---

[38] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 45(5).
[39] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 50(3).
[40] *Hercus v. Hercus* [2001] O.J. No. 534 (C.S.).
[41] *Duguay v. Thompson-Duguay*, [2000] O.J. No. 1541, 7 R.F.L. (5th) 301 (C.S.), au para. 41.
[42] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 46(1) au para. 9.
[43] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 50(7).

d'accorder lui-même. Les juges qui ne souhaitaient pas mettre à exécution le jugement rendu par un autre tribunal invoquaient souvent l'absence de compétence pour ne pas intervenir.

Il convient de noter que d'autres lois peuvent protéger les participants à un arbitrage. L'exemple le plus récent est la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*[44], qui empêche le consommateur d'accepter de soumettre à l'arbitrage certains types de différends jusqu'à ce que le différend surgisse. Le consommateur peut, comme toute autre personne, renoncer à l'ensemble ou à une partie de ses droits; la Loi exige cependant qu'il ait connaissance du différend pour être davantage en mesure d'évaluer l'incidence de la renonciation sur ses droits avant d'accepter de renoncer à exercer ceux-ci[45].

(iv) Une restriction aux restrictions

Quelques-uns des droits protégés qui ont été mentionnés dans la présente section doivent être exercés sans tarder, sinon la partie qui entend les exercer perdra la possibilité de le faire[46]. Si l'arbitre entreprend de trancher des questions qui dépassent la portée de la convention d'arbitrage, par exemple, la partie qui désire s'y opposer doit porter plainte dans un délai raisonnable.

Ces règles sont conçues pour faire en sorte que les parties, une fois qu'elles ont consenti à l'arbitrage, règlent rapidement leurs problèmes. Si l'arbitrage doit être interrompu pour qu'un tribunal soit saisi de l'affaire, la procédure doit être interrompue lorsque les motifs pour lesquels elle devrait l'être surgissent, et non après qu'une sentence est rendue contre la partie qui souhaite se plaindre. La partie qui participe à l'arbitrage tout en sachant qu'il existe un problème de compétence ou de partialité risque de perdre le droit de porter plainte en se fondant sur ce motif. Toutefois, la partie ne peut perdre le droit de s'opposer à l'arbitrage lorsqu'elle invoque le fait qu'elle a été traitée injustement[47].

Toute requête en annulation d'une sentence doit être présentée dans les 30 jours suivant la date à laquelle la sentence a été rendue[48]. Si la sentence n'est pas communiquée à une partie, ce délai ne s'appliquera pas. De la même manière, ce délai

---

[44] L.O. 2002 c. 30, annexe A, art. 7, en ligne: <http://www.e-laws.gov.on.ca/DBLaws/Statutes/English/02c30_e.htm>.

[45] Le rapport sur l'arbitrage (1982) de la British Columbia Law Reform Commission recommandait que le choix d'une loi autre que celle de la province pour régir un arbitrage ne soit pas effectué tant qu'un différend ne surgissait pas, de sorte que les parties seraient davantage en mesure d'évaluer les conséquences de cette décision et qu'elles pourraient peut-être se trouver dans une situation de négociation plus égale en ce qui a trait aux règles d'arbitrage qu'elles ne l'étaient au moment où elles ont accepté l'arbitrage. Avant l'adoption des réformes des années 1980, la loi du Québec ne permettait pas aux parties de soumettre un différend à l'arbitrage tant que le différend n'avait pas surgi. British Columbia Law Reform Commision *Le rapport sur l'arbitrage*, British Columbia Law Reform Commission, 1982.

[46] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 4.

[47] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 46(4), (6).

[48] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 47.

ne s'applique pas en cas d'allégation de fraude[49]. La requête en vue d'obtenir l'exécution d'une sentence doit être présentée au plus tard deux ans après la date de la sentence[50].

Résumé

En général, notre société accepte que ses membres règlent leurs différends sans avoir recours à des mécanismes parrainés par l'États tels que les tribunaux. L'arbitrage est un des modes de règlement privé des différends. La légitimité de l'arbitrage dépend, comme les autres modes, de l'entente conclue par les parties au différend. La loi reconnaît cette légitimité en prévoyant des mécanismes publics d'exécution des décisions privées, sous réserve cependant d'un certain nombre de protections juridiques ou procédurales ou de protections de fond. La législation en matière d'arbitrage permet aux gens de soumettre à l'arbitrage des différends familiaux et successoraux, mais pas des questions touchant l'état civil ou la filiation. Elle leur permet également de choisir, pour régler leur différend, les règles de droit qui leur conviennent, ou de ne pas choisir de règles.

Ce système protège-t-il suffisamment les personnes qui, en raison d'une caractéristique particulière telle que le statut, la langue, le niveau d'éducation ou la connaissance de la loi, sont davantage susceptibles d'obtenir un mauvais règlement? De nouveaux types de protection devraient-ils être intégrés au système dans le cas des affaires familiales ou du règlement des différends fondés sur la religion en général? Ce sont ces questions essentielles qui sont abordées dans la présente étude.

---

[49] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 47(2).
[50] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 52(3).

Section 3 : Droit de la famille et des successions

Dans cette section, je relèverai les règles de droit de la famille qui ont un rapport avec les questions examinées au cours de mon étude. J'espère aussi mettre en relief les éléments qui sous-tendent les caractéristiques fondamentales du régime du droit de la famille en Ontario.

Compétence fédérale/provinciale

Le droit de la famille est un domaine de compétence partagée entre les deux ordres de gouvernement fédéral et provincial. Ce partage de responsabilité tient à la division des pouvoirs prévue aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'article 91 définit les domaines de compétence fédérale exclusive, dont le mariage et le divorce. L'article 92 délimite les domaines de compétence provinciale exclusive, et embrasse la célébration du mariage, la propriété et les droits civils dans la province[51].

La *Loi sur le divorce* (fédérale) s'applique non seulement aux conjoints mariés qui veulent divorcer, mais encore aux demandes de garde, de droit de visite, d'aliments pour enfants ou pour conjoint, qu'ils font dans le cadre du divorce[52]. La loi provinciale s'applique à toutes les autres questions de droit de la famille, ce qui s'entend de la séparation (par opposition au divorce) de conjoints mariés ou non, de la garde, du droit de visite, de la pension alimentaire, du partage et de la possession des biens, des ordonnances d'interdiction, et des questions connexes de protection des enfants et d'exécution des ordonnances judiciaires. La *Loi sur le divorce* (fédérale) et la *Loi sur le droit de la famille* (ontarienne) autorisent expressément l'une et l'autre la médiation; cependant, ni l'une ni l'autre ne prévoit l'arbitrage[53].

Lorsque deux conjoints adultes se séparent, les règles de droit de la famille qui s'appliquent à leur égard et à l'égard de leurs enfants sont déterminées par leur état matrimonial. Les conjoints mariés ont le choix de demander le divorce en application de la *Loi sur le divorce*. Ils peuvent invoquer la même loi pour faire valoir leurs droits en matière de garde des enfants, de visite et de pension alimentaire. Les conjoints de fait et les conjoints mariés qui choisissent de ne pas divorcer doivent se référer à la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* pour déterminer la garde des enfants et le droit de visite, et à la *Loi sur le droit de la famille* pour régler la pension alimentaire pour conjoint ou pour enfants.

Le partage des biens

Les lois sur le droit de la famille varient d'une province à l'autre à travers le pays, en particulier en ce qui concerne le partage des biens. En Ontario, les règles en la matière définissent quels biens sont sujets au partage, sous quelles conditions, si les gens peuvent conclure des conventions en dehors des régimes provinciaux des biens, et

---

[51] *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U..), 30 & 31 Vict., c. 3, art. 92, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5.
[52] *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3, (2e suppl.).
[53] *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3, (2e suppl.), art. 9(2); *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 3.

dans quelle mesure le juge a le pouvoir discrétionnaire de déroger à la présomption de partage « par moitié » des biens pour parvenir à un résultat « équitable ». Toutes les provinces n'imposent pas un partage de tous les biens et la plupart ne prévoient pas le partage des biens entre partenaires non mariés.

Les Ontariens peuvent être fiers des progrès qui ont été réalisés en matière d'égalité des sexes par le régime des biens mis en place. Les lois de l'Ontario sont parmi celles qui représentent la consécration législative la plus formelle de l'égalité entre les deux sexes en droit canadien. Par exemple, la *Loi sur le droit de la famille* de la province porte en préambule :

> Attendu qu'il est souhaitable d'encourager et de consolider le rôle de la famille; attendu qu'il est nécessaire, pour atteindre ce but, de reconnaître l'égalité des conjoints dans le mariage, et de reconnaître au mariage la qualité de société; attendu que cette reconnaissance doit s'étayer de dispositions législatives qui prévoient le règlement ordonné et équitable des affaires des conjoints en cas d'échec de cette société et qui définissent d'autres obligations réciproques dans le cadre des rapports familiaux, y compris la participation équitable de chaque conjoint aux responsabilités parentales;[54]

Il s'agit là d'une proclamation concrète d'égalité par la reconnaissance dans la loi de l'égale importance des rôles joués par les conjoints dans leur union.

Seuls les couples mariés ont droit au partage des biens sous le régime de la *Loi sur le droit de la famille*. Les conjoints de fait peuvent faire une réclamation contre les biens de leurs partenaires respectifs, mais cette réclamation n'est pas autorisée par la loi provinciale. Elle tient plutôt à une fiducie dans les faits, permise en common law (à dégager par le juge dans le cas d'espèce). Tous les couples ont cependant la possibilité de conclure un contrat familial avant le mariage ou la cohabitation. Nous examinerons les contrats familiaux plus en détail infra.

La dissolution de l'union

Comme on peut s'y attendre, il y a divers degrés de formalisme dans la façon dont les couples se séparent. Ce qui suit est un aperçu de ce qui se passe en règle générale chez les couples « traditionnels ». Un grand nombre d'entre eux règlent leurs affaires sans l'intervention de tiers. Certains peuvent avoir des accords informels, écrits ou non, alors que d'autres se perdent tout simplement de vue et ne règlent jamais les questions qui resteraient encore à résoudre.

D'autres encore parviennent à un accord avec l'aide d'un conseiller en qui ils ont confiance et qui peut avoir ou non la formation nécessaire, par exemple un parent, un ami, un chef religieux, ou un conseiller matrimonial. La plupart des couples reçoivent sous une forme ou une autre, une consultation juridique de leurs avocats, des avocats

[54] *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, Préambule.

de l'aide juridique, ou des régimes de consultation juridique pour les employés. La plupart de ces couples parviennent à un règlement sans le secours de services de résolution des conflits et, en particulier, sans aller en justice.

Lorsque les gens consultent leurs avocats, il se peut qu'ils aient déjà un plan pour l'accord de séparation et veuillent tout juste avoir l'avis de ces derniers pour s'assurer que ce plan est un accord légalement exécutable. Dans le cas où l'un des conjoints ou les deux retiennent les services d'avocats, ceux-ci négocieront entre eux-mêmes, ou dans des réunions à quatre avec leurs clients, après un échange d'informations initial.

Il y a lieu de noter qu'en Ontario, certains avocats ont opté pour la pratique coopérative dans les affaires de droit de la famille. En cas de recours à cette pratique, les clients doivent accepter de changer d'avocats s'ils décident d'aller en justice au cas où les négociations n'aboutiraient pas à un règlement. Idéalement, cette approche devrait concentrer l'énergie des clients sur une solution négociée, et non sur l'intimidation de l'autre partie par une menace d'action en justice. Il est intéressant de noter que les avocats qui pratiquent le droit de la famille coopératif expriment davantage de satisfaction dans leur travail.

Les contrats familiaux

L'accord conclu, de façon coopérative ou non, avec l'aide des avocats prend la forme d'un accord de séparation. Sanctionné par la partie IV de la *Loi sur le droit de la famille*, celui-ci est un contrat entre les deux conjoints séparés. Les principales conditions formelles d'un accord exécutable sont les suivantes : l'accord doit être conclu par écrit, il doit être signé par les parties devant témoins, il doit être conforme à l'intérêt véritable des enfants, et il doit être conforme aux lignes directrices sur les aliments pour enfants[55].

La *Loi sur le droit de la famille* prévoit les divers arrangements contractuels que les gens peuvent conclure à la suite de la rupture de leur union. Elle fixe les paramètres d'ordre public pour la résolution des différends conjugaux au moyen d'arrangements. Par exemple, les contrats familiaux l'emportent sur ses dispositions à moins de disposition contraire[56]. Ce régime traduit le choix de politique sociale de privilégier les accords mutuels par rapport aux dispositions de la Loi qui portent sur les mêmes questions. Le corollaire en est que la *Loi sur le droit de la famille* permet l'intégration d'un contrat familial dans une ordonnance judiciaire s'il porte sur une question qui peut être résolue en application de cette même loi[57]. On reconnaît par là que si les contrats familiaux sont le principal moyen de règlement, ils ont besoin d'être sanctionnés en justice pour être exécutables même s'ils ont été conclus sans l'intervention de la justice.

---

[55] *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 55(1), 56(1), (1.1).
[56] *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 2(10).
[57] *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 2(9).

La *Loi sur le droit de la famille* permet aux conjoints d'exclure le partage de certains ou de l'ensemble de leurs biens en les excluant du calcul des « biens familiaux nets »[58]. Ils peuvent aussi exclure par contrat les obligations alimentaires. Cependant, la même loi habilite le juge à annuler une disposition alimentaire ou la renonciation aux aliments dans le contrat familial sous certaines conditions, par exemple quand pareille stipulation donne lieu à une situation inadmissible, quand le créancier d'aliments a droit à l'assistance sociale, ou quand le débiteur d'aliments est en défaut[59].

Un contrat familial peut être déposé en justice aux fins d'exécution de la disposition alimentaire[60]. Cette disposition s'applique même si créancier d'aliments a renoncé au droit de déposer le contrat auprès de la Cour à cette fin. Il est donc effectivement impossible de renoncer au droit de déposer le contrat familial en justice aux fins d'exécution de la disposition alimentaire.

La *Loi sur le droit de la famille* interdit d'exclure par contrat familial les protections relatives à la possession, à la vente et au nantissement hypothécaire du foyer conjugal[61]. Elle n'interdit cependant pas l'exclusion par contrat du partage de la valeur de ce foyer. De même, la garde et le droit de visite des enfants ne peuvent faire l'objet d'un contrat avant la dissolution de l'union[62]. Les contrats conclus à l'extérieur de l'Ontario peuvent être valides dans la province s'ils sont conformes à ses lois[63].

La *Loi sur le droit de la famille* pose une règle d'ordre public qui impose certaines limites explicites aux contrats familiaux, à la lumière desquelles le juge peut en annuler un[64]. Par exemple, il peut passer outre à une disposition relative à l'éducation des enfants s'il est d'avis que le rejet est conforme à leur intérêt véritable[65]. Ce seuil (lle meilleur intérêt de l'enfant) est un seuil peu élevé pour l'intervention du juge. Il se peut que ce soit là la réitération du principe d'ordre public de la compétence inhérente de l'autorité judiciaire sur les enfants et sur leur protection, communément appelée compétence *parens patriae*.

Par ailleurs, la même loi habilite le juge à ignorer une disposition alimentaire pour enfants si celle-ci est déraisonnable au regard des lignes directrices sur les aliments pour enfants[66]. Là encore, il s'agit d'un seuil très bas qui permet une large intervention du juge.

---

[58] La *Loi sur le droit de la famille* range dans la catégorie des biens exclus « le bien qui, d'après le contrat familial conclu entre les conjoints, doit être exclu des biens familiaux nets du conjoint » (*Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 4).
[59] *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 33(4).
[60] *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 35(1).
[61] *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 52(2).
[62] *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 52(2)c), 53(1)c).
[63] *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 58.
[64] *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 56.
[65] *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 56(1).
[66] *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 56(1.1).

La partie IV de la *Loi sur le droit de la famille* influe encore sur la façon dont les parties et leurs avocats se comportent dans la négociation des contrats familiaux, car ils ont conscience du pouvoir du juge de les annuler dans certaines circonstances[67]. Tel est le cas par exemple quand l'une des parties n'a pas divulgué à l'autre des dettes ou autres éléments de passif importants, ou des éléments d'actif importants, qui existaient au moment de la conclusion du contrat. Les tribunaux ont élargi cette obligation de façon à y inclure la pleine et franche divulgation de la situation financière, y compris le revenu et les sources de revenu. Le juge peut aussi annuler le contrat si l'une des parties n'en a pas compris la nature ou les conséquences. Les tribunaux ont généralement interprété cette disposition comme signifiant que les parties doivent consulter au préalable un avocat neutre versé en droit de la famille de l'Ontario. Le juge peut encore annuler un contrat familial pour d'autres raisons en conformité avec le droit des contrats, par exemple l'inhabilité à contracter, le défaut de consentement, la contrainte ou l'erreur.

Le juge peut annuler en tout ou en partie l'accord de séparation ou le règlement, s'il est convaincu que le retrait par l'un des conjoints d'obstacles qui empêcheraient le remariage de l'autre conjoint au sein de la religion de ce dernier était un motif dans la conclusion de l'accord[68]. Cette disposition s'applique à l'égard de toutes les religions. En fait, le juge peut annuler tout règlement d'une affaire de famille, qui a été négocié sur la base du retrait d'obstacles religieux[69]. Il est important que le juge soit investi de ce pouvoir discrétionnaire peu importe la forme que revêt le règlement. Cet article de la *Loi sur le droit de la famille* s'applique « aux ordonnances sur consentement, aux renonciations, aux avis de désistement et aux autres arrangements oraux ou écrits »[70]. Dans le cas des règlements conclus sur la base du retrait d'obstacles religieux, le juge dispose d'un large pouvoir d'intervention. Ce choix législatif pour le pouvoir le plus large du juge dans le contexte des obstacles religieux au remariage traduit la conscience que la négociation dans un contexte de principes religieux peut être différente de la négociation dans un contexte non religieux.

On pourrait soutenir que cette disposition de la partie IV (l'article 56(5)) s'applique à l'heure actuelle aux sentences arbitrales, puisque celles-ci sont assimilables aux « autres arrangements oraux ou écrits »[71]. En règle générale, cette partie IV ne s'applique qu'aux contrats familiaux, expressément définis comme s'entendant des contrats de mariage, des accords de cohabitation, des accords de séparation et des accords de paternité[72].

Dans les cas où les négociations entre avocats n'aboutissent pas à un accord ou laissent des questions en suspens, nombre d'avocats spécialisés en droit de la famille recommandent la médiation à titre de solution de rechange au lieu d'aller directement en justice. De plus en plus, ils ont aussi recours à l'arbitrage à titre de moyen

---

[67] *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 56(4).
[68] *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 56(5).
[69] *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 56(6).
[70] *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 56(6).
[71] *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 56(5).
[72] *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 51.

extrajudiciaire de résoudre les différends qui n'auront pas été résolus par médiation. Comme nous le savons, la résolution de tout litige implique généralement un compromis. Pendant les négociations, les couples agissent sous l'ombre de la loi, mais souvent sans une compréhension en profondeur de ce que la loi impose ou permet.

Il ne faut jamais oublier que les gens peuvent renoncer à leur droit de se réclamer des bénéfices de la *Loi sur le droit de la famille*. Souvent un accord de séparation favorise un conjoint par rapport à l'autre pour des raisons de choix personnel, par exemple lorsqu'il y a sentiment de culpabilité du conjoint qui abandonne le foyer conjugal, désir de maintenir le niveau de vie des enfants, ou désir d'expédier le règlement. Il y a de nombreuses raisons pour lesquelles les gens renoncent à leurs droits pour parvenir à une résolution de leur différend. Tout ce que crée la *Loi sur le droit de la famille*, c'est le droit de faire une réclamation. D'aucuns répugnent à l'affrontement ou au coût d'un recours aux mécanismes du système, ils se contentent de s'en aller. Comme en toute matière de droit civil, il incombe aux intéressés d'intenter leur propre action en justice s'ils veulent réaliser un résultat en particulier. Dans ce sens, le système du droit de la famille en Ontario ne s'applique que si les intéressés le mettent en branle.

Il ressort des décisions récentes de la Cour suprême du Canada que les gens sont tenus à leur choix personnel. Même dans les cas où le rapport des forces n'est pas égal, il a été jugé que ce choix personnel doit être observé. Dans la cause *Walsh* par exemple, qui avait son origine en Nouvelle-Écosse, une femme qui a « choisi » de ne pas contracter mariage n'a pas été jugée recevable à demander le partage des biens[73]. Dans *Miglin*, une femme qui a signé une renonciation à la pension alimentaire mais a accepté un emploi temporaire de consultante auprès de l'entreprise familiale, a été jugée liée par son accord[74]. Enfin, dans *Hartshorne*, une avocate qui a signé un contrat prénuptial le jour de son mariage, après avoir été prévenue par un confrère que cet accord ne serait pas valide, a été jugée liée par ce dernier[75].

Dans toutes ces affaires, la Cour suprême a jugé que le choix personnel a été exercé dans les limites acceptables du droit des contrats, et que les gens qui font ce choix devaient en assumer la responsabilité.

La polygamie

Un autre sujet qui tombe sous la rubrique du droit de la famille est la polygamie (le fait d'être marié à plus d'une personne à la fois). Visant à démontrer que l'islam est une religion fondamentalement injuste à l'égard des femmes, nombre de contributeurs ont fait remarquer qu'il permet la polygamie. Ils affirment que le fait pour l'islam de tolérer que les hommes puissent avoir plus d'une épouse indique clairement que les femmes sont considérées comme des êtres inférieurs dans cette religion. Une certaine explication au sujet du statut du mariage polygamique en Ontario et en droit canadien peut contribuer à la compréhension de ce sujet de préoccupation.

---

[73] *Nouvelle-Écosse c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325.
[74] *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303.
[75] *Hartshorne c. Hartshorne*, [2004] 1 R.C.S. 550.

La polygamie est une infraction que réprime le Code criminel du Canada. Est coupable d'un acte criminel quiconque contracte soit « la polygamie sous une forme quelconque » soit « une sorte d'union conjugale avec plus d'une personne à la fois »[76]. Est également coupable d'un acte criminel quiconque « célèbre un rite [sanctionnant un mariage polygamique] ... ou y aide ou participe »[77]. Beaucoup de participants font observer que bien que la polygamie et la célébration du mariage polygamique soient des crimes prévus au Code criminel, la police répugne à porter des accusations en la matière. Le groupe d'étude a reçu de diverses sources des témoignages anecdotiques selon lesquels des mariages polygamiques sont célébrés en Ontario, ainsi que l'expression de leur préoccupation au sujet des femmes dont les maris ont plus d'une épouse. Bien que ce soit là une infraction prévue au Code criminel, il est possible dans toutes les provinces du Canada d'avoir plus d'une épouse si le mariage a eu lieu dans un ressort qui le reconnaît. La *Loi sur le droit de la famille* reconnaît le mariage « qui est véritablement ou virtuellement polygamique s'il a été célébré dans une compétence où la polygamie est reconnue par le régime juridique »[78]. Les gens qui ont contracté ce genre de mariage peuvent donc demander le partage des biens de leur conjoint.

Même les gens qui ne se sont pas mariés plus d'une fois peuvent avoir deux épouses ou davantage, selon la loi ontarienne, Cela tient aux définitions de conjoint dans nombre de lois de la province. Par exemple, l'article 29 de la *Loi sur le droit de la famille* définit conjoint comme s'entendant, dans le contexte des obligations alimentaires, de trois catégories : l'homme et la femme mariés ensemble, l'homme et la femme qui ont cohabité depuis trois ans, l'homme et la femme unis dans une relation d'une certaine permanence, s'ils sont les parents d'un enfant.

Les participants à l'étude se préoccupent de ce qu'une femme pourrait perdre des biens, des aliments et des droits de succession si son mari choisit d'épouser subséquemment une autre femme. Tel est cependant, dans nombre de cas, l'effet de la loi ontarienne lorsqu'une personne prend subséquemment une seconde conjointe (de fait). Prenons le cas hypothétique de Tim, qui a épousé Jane quand il avait 22 ans, et s'est séparé d'elle quand il en avait 24 pour aller vivre avec Mika. Mika et lui-même ont vécu ensemble pendant 4 ans, durant lesquels il avait une liaison avec Laura. Laura a eu un enfant avec lui et, depuis la naissance de cet enfant il y a 8 mois, il a vécu avec Laura et ce dernier. Si Tim et Jane n'ont jamais divorcé, Tim a trois conjointes du point de vue des obligations alimentaires. L'ironie de la situation c'est que la légalisation de la polygamie aurait assuré davantage de protection à Mika et à Laura dans ce cas de figure, car elles seraient admissibles à demander le partage des biens en sus des aliments.

La grande différence entre le droit ontarien et le droit islamique des personnes dans ce cas de figure est que, selon la loi ontarienne, l'homme et la femme peuvent avoir l'un et

---

[76] *Code Criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 293(a).
[77] *Code Criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 293(b).
[78] *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 1(2).

l'autre des relations subséquentes alors que dans la loi islamique, seul l'homme a cette faculté. Cette distinction peut être logique dans le contexte du droit islamique des personnes, car seul l'homme est tenu de subvenir aux besoins de son épouse, alors que la femme n'est pas tenue à l'obligation correspondante envers son mari.

Quelques informations complémentaires au sujet des enfants

En Ontario, la plupart des règles de droit concernant les enfants se trouvent dans deux lois provinciales : la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* et la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*. La seule exception concerne l'obligation alimentaire, qui est régie par la *Loi sur le droit de la famille*. Comme noté supra, la *Loi sur le divorce* (fédérale) peut servir à déterminer la garde, le droit de visite et la pension alimentaire des enfants en cas de divorce des parents.

En Ontario, le concept de filiation illégitime (enfants nés hors mariage) a été supprimé en 1978. Ce qui veut dire que la loi ontarienne définit enfant comme s'entendant également de l'enfant né du mariage et de l'enfant né hors mariage. Il en résulte que les demandes d'aliments peuvent être faites au nom de tous les enfants, peu importe qu'ils soient nés du mariage ou hors mariage.

Le moyen le plus courant d'établissement de la filiation est la déclaration de la naissance de l'enfant par ses parents. Cependant, l'autorité judiciaire a aussi le pouvoir de déclarer par ordonnance que telle ou telle personne est le père ou la mère de tel ou tel enfant, bien que cette personne ou l'autre parent ne soit pas disposé à reconnaître la filiation[79].

Les père et mère doivent subvenir aux besoins de leurs enfants qu'ils soient nés du mariage, hors mariage ou d'une relation sans lendemain. Les conventions contractuelles contraires seront toujours soumises à la compétence inhérente de la cour, qui peut ainsi intervenir dans le meilleur intérêt de l'enfant. En ce qui concerne l'obligation alimentaire, même le parâtre ou la marâtre (marié ou de fait) doit subvenir aux besoins de l'enfant d'un premier lit, dans le cas où il ou elle a manifesté l'intention de traiter celui-ci comme un membre de sa famille.

En Ontario, n'importe qui peut demander le droit de garder ou de visiter des enfants. Cette règle contraste avec celle de la plupart des provinces ainsi que de la *Loi sur le divorce* (fédérale), où seuls les père ou mère ou les personnes qui ont fait fonction de père ou mère peuvent en faire la demande sans autorisation préalable de la cour. Là encore, le critère observé par le juge lorsqu'il s'agit de rendre une décision concernant un enfant est « l'intérêt véritable » de celui-ci. À part une légère variation, les dispositions sur la garde et le droit de visite et la législation sur le bien-être de l'enfant imposent au juge de prendre en considération le meilleur intérêt de l'enfant. Comme nous l'avons vu au sujet des contrats familiaux, le juge peut rendre au sujet des enfants une ordonnance différente de ce dont sont convenus les père et mère de celui-ci s'il l'estime dans le meilleur intérêt de l'enfant.

---

[79] *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, c. C.12, art. 4, 5, 6.

Il est interdit aux tribunaux de prononcer le divorce d'un couple marié sans s'assurer au préalable que des arrangements raisonnables ont été pris pour subvenir aux besoins des enfants. Dans ce contexte, ils doivent se guider sur les lignes directrices sur les aliments pour enfants. Celles-ci ont été définies de concert par les gouvernements fédéral et provincial pour assurer un niveau prévisible et uniforme de pension alimentaire pour les enfants.

Malgré la souplesse dont jouissent les tribunaux pour ce qui est de la norme de le meilleur intérêt de l'enfant, le rôle parental est un domaine où il y a une demande considérable de changement des règles fondamentales. Les groupements de pères qui n'ont pas la garde se préoccupent de ce que la majorité des enfants de couples séparés vivent avec leur mère et n'ont que la visite de leur père. Les défenseurs de femmes victimes de violence conjugale soutiennent pour leur part que le partage du rôle parental, dans lequel toutes les décisions et le temps de garde sont partagés entre le père et la mère, peut servir de moyen de coercition par l'ancien conjoint abusif. Ils se préoccupent aussi de ce que la réduction des aliments pour les enfants, qui résulte du partage du temps de garde, pourrait compromettre le niveau de vie du ménage tenu par la femme[80].

L'article 46 de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* intègre la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, laquelle convention internationale prévoit l'assistance réciproque entre les pays par-delà la frontière desquels un enfant a été enlevé. Il faut noter qu'elle ne s'applique que si les deux pays concernés l'ont signée et ratifiée. Au Canada cependant, les articles 282 et 283 du Code criminel prévoit que c'est un acte criminel que d'enlever un enfant pour en priver son père ou sa mère.

La *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* est la loi provinciale qui permet à la Société d'aide à l'enfance d'intervenir quand un enfant est victime de sévices ou de négligence. Nombre de participants à l'étude ont exprimé leur préoccupation au sujet des sévices physiques sur la personne d'enfants. Les actes de violence contre un enfant constituent un crime et, à ce titre, tombent dans la catégorie des matières qui ne sont pas susceptibles d'arbitrage.

Cette loi impose à toute personne, quelle que soit sa source d'information, l'obligation d'alerter la Société d'aide à l'enfance si elle soupçonne qu'un enfant est victime de négligence, de sévices physiques, de sévices sexuels, ou ne jouit pas des soins conformes aux normes parentales minimales[81]. Il s'agit là d'une obligation légale qui s'applique à tous. En outre, toute personne qui travaille avec les enfants commet une infraction si elle ne signale pas ses soupçons de sévices ou de négligence à l'égard d'un enfant. Nombreux sont ceux qui font partie de la catégorie de gens qui peuvent être poursuivis en justice faute de le faire : professionnels de la santé, avocats, enseignants, directeurs d'école, travailleurs sociaux, conseillers familiaux, prêtres,

---

[80] Soumission, OWJN (non datée).

[81] *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, c. C.11, art. 72.

rabbins, membres du clergé[82]. Bien que ces dispositions ne s'appliquent pas expressément aux médiateurs ou aux arbitres, il est probable que la plupart des professionnels de la résolution extrajudiciaire de différends relèvent de l'une des professions expressément visées. Ils seraient tenus à la même obligation dans l'exercice de leurs fonctions de médiateur ou d'arbitre.

Les règles relatives à la discipline corporelle des enfants sont devenues plus claires depuis la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général*[83]. Il a été jugé que les parents ne sont justifiés de donner des coups à leurs enfants, âgés de 2 à 12 ans, qu'à titre de correction, sans les frapper à la tête ou au visage et sans l'aide d'aucun objet. Les enseignants peuvent avoir raisonnablement recours à la force pour expulser un élève de la salle de classe ou pour assurer l'observation des instructions, mais n'ont pas le droit de frapper les enfants sous leur garde.

La succession en Ontario

En Ontario, la succession revêt deux formes : la succession en exécution d'un testament ou succession testamentaire, et la succession sans testament ou succession ab intestat. Il y a succession partiellement ab intestat quand le testament ne couvre qu'une partie de l'héritage. La fraction visée par le testament se transmettra conformément à celui-ci, et celle qui n'est pas couverte sera soumise aux règles de succession ab intestat. Qu'il y ait disposition testamentaire, succession ab intestat ou partiellement ab intestat, le patrimoine du conjoint décédé peut faire l'objet d'une réclamation par le conjoint survivant sous le régime de la *Loi sur le droit de la famille*, si ses biens familiaux nets sont supérieurs à ceux de ce dernier[84].

Autrement dit, la personne qui fait un testament peut y inclure ou en exclure qui il veut, sous réserve de la revendication faite par le conjoint survivant en application de la *Loi sur le droit de la famille* ou de la demande d'aliments des personnes à charge contre le patrimoine. Les enfants nés hors mariage sont inclus dans la définition de personnes à charge dans la *Loi portant réforme du droit des successions*[85]. À ce titre, ils ont une créance prioritaire sur le patrimoine au titre des aliments de personnes à charge.

En outre, les catégories de personnes visées sont interprétées comme s'entendant également des personnes qui relèvent de ces catégories respectives, que la parenté soit l'effet du mariage ou non[86]. Ainsi, si le testament dispose : « Je lègue mes économies à mes neveux et mes nièces à parts égales », cette disposition embrasse les neveux et les nièces nés hors mariage et non reconnus. Cependant, un testament peut exclure expressément les personnes nées hors mariage. Dans ce cas, il

---

[82] *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, c. C.11, art. 72(5)(b).
[83] *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P.G.)*, [2004] 1 R.C.S. 76.
[84] *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 5(2).
[85] *Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, c. S.26, art. 57.
[86] *Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, c. S.26, art. 1(1), *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, c. C.12, art. 1(1).

disposerait par exemple : « Je lègue mes économies, à parts égales, à mes neveux et mes nièces issus du mariage de leurs parents respectifs ».

Tous les enfants héritent de leurs parents biologiques ou adoptifs, sauf disposition testamentaire contraire. Si l'enfant a encore droit aux aliments (c'est-à-dire s'il est toujours une personne à charge), il a une créance prioritaire contre le patrimoine de ses parents avant que ce dernier ne soit distribué. Les enfants d'un premier lit peuvent être des personnes à charge et peuvent revendiquer les aliments, mais n'héritent pas de plein droit du parâtre ou de la marâtre.

La préoccupation qu'ont exprimée certains participants au sujet de la possibilité d'exclure certaines catégories d'individus de l'héritage selon le droit islamique des personnes perd de son acuité dans le contexte du régime des successions de l'Ontario. La loi ontarienne des successions permet déjà aux gens d'exclure qui ils veulent de leur testament, dans la mesure où le testament est valide et où des dispositions ont été prises pour le conjoint marié et les personnes à charge. Par ailleurs, en cas de succession ab intestat, différentes règles s'appliquent. Dans ce cas, la loi vise à assurer une distribution équitable du patrimoine faute d'instructions du défunt. Cette règle s'applique également à toutes les successions ab intestat.

Dans le cas où quelqu'un meut intestat, la *Loi portant réforme du droit des successions* fait fonction de code pour la distribution de son patrimoine. Ainsi, la première personne à considérer comme son parent le plus proche est son conjoint légalement marié[87]. Si celui-ci est le seul parent le plus proche, il hérite de l'intégralité du patrimoine. S'il y a d'autres parents proches, le conjoint a droit à la « part préférentielle », c'est-à-dire la première tranche de 200 000 $ de la valeur de la succession.

Si la valeur de la succession est inférieure à la part préférentielle (200 000 $), le conjoint du défunt hérite de l'intégralité du patrimoine même s'il y a d'autres parents proches[88]. La distribution du reliquat en sus de la part préférentielle se fait comme suit. S'il y a un enfant, celui-ci et le conjoint le partagent par moitié[89]. S'il y a plus d'un enfant, le conjoint a droit à un tiers du reliquat en sus de la part préférentielle, le restant est divisé entre les enfants[90]. En cas de succession partiellement ab intestat, tout legs laissé au conjoint sera pris en compte dans le calcul de la part préférentielle[91].

Si le défunt ne laisse ni femme ni enfants, son patrimoine est divisé par moitié entre ses père et mère[92]. S'il n'y a ni conjoint ni enfants ni père et mère survivants, l'héritage passe aux frères et sœurs du défunt ou, s'ils sont morts, à leurs enfants[93]. S'il n'y a pas de famille immédiate, l'héritage passe aux nièces et aux neveux à parts égales[94]. Au-

---

[87] *Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, c. S.26, art. 44.
[88] *Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, c. S.26, art. 45(1).
[89] *Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, c. S.26, art. 46(1).
[90] *Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, c. S.26, art. 46(2).
[91] *Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, c. S.26, art. 45(3)a).
[92] *Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, c. S.26, art. 47(3).
[93] *Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, c. S.26, art. 47(4).
[94] *Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, c. S.26, art. 47(5).

delà, l'héritage passe à parts égales au niveau suivant de parenté selon la table de consanguinité[95]. Enfin, s'il n'y a aucun héritier, le patrimoine du défunt intestat est dévolu à la Couronne[96].

Il est donc clair que sous le régime de la loi ontarienne, les successions testamentaires peuvent être organisées comme on l'entend, à l'exclusion de qui on veut, pourvu que des dispositions suffisantes soient prévues pour le conjoint marié et les personnes à charge. Ainsi, si un testament est établi conformément aux diktats du droit islamique des personnes et s'il est valide au regard de la loi ontarienne, il n'y a aucune raison de l'ignorer sous le régime de la loi ontarienne. Les successions ab intestat sont distribuées conformément à la loi, à condition que l'affaire soit portée à la connaissance de la justice. Cela signifie que, pour que la justice puisse être saisie d'une irrégularité en la matière, il faut que quelqu'un porte plainte, tout comme dans n'importe quelle action civile.

---

[95] *Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, c. S.26, art. 47(6), (8).
[96] *Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, c. S.26, art. 47(8).

Section 4 : Résumé des consultations

Méthodologie

La phase de consultation de l'Étude a débuté à la fin de juin 2004 et s'est poursuivie jusqu'à la fin de septembre 2004. Même si le délai était court et que la démarche a eu lieu au cours de l'été, le groupe d'étude a reçu de nombreuses observations, tant verbalement que par écrit [voir l'annexe II]. Le personnel du ministère du Procureur général et de la Direction générale de la condition féminine de l'Ontario a fourni le nom de personnes-ressources chez les groupes d'intéressés et a organisé des rencontres avec les personnes qui ont manifesté le désir de participer à la consultation. De plus, j'ai eu accès à la correspondance et aux mémoires qui avaient été rédigés avant le début de la consultation ainsi qu'aux réponses fournies par les ministères. Lorsque les consultations ont été engagées, d'autres groupes ont communiqué avec moi et m'ont également fait part de leur désir de participer à la démarche.

Au fur et à mesure que la consultation se déroulait, un certain nombre de thèmes revenaient constamment au cours de la discussion. Compte tenu du volume d'observations et de la répétition de préoccupations similaires, j'ai décidé de résumer ces documents par thème en citant directement des extraits des uns et en paraphrasant des parties des autres. Lorsque des suggestions uniques ou particulières ont été formulées, elles sont incluses, de même que le nom de leurs auteurs. Cependant, dans bien des cas, les préoccupations formulées et les solutions proposées étaient tellement générales qu'elles n'ont pas été attribuées à une personne en particulier.

Thème : Il n'y a pas lieu d'utiliser l'arbitrage pour trancher les questions relevant du droit de la famille

Le groupe d'étude a entendu de nombreux intervenants s'opposer vivement à l'utilisation de l'arbitrage pour régler les différends relevant du droit de la famille. Jusqu'à ce que la question soit portée à l'attention du public par les déclarations de l'Institut islamique de justice civile, bon nombre de ces intervenants ignoraient que l'arbitrage était l'un des mécanismes de rechange disponibles pour régler les différends relevant du droit de la famille. Nombreux sont ceux qui avaient déjà exprimé des préoccupations au sujet de l'effet de la médiation sur les personnes vulnérables; de l'avis de certains, l'arbitrage est encore plus problématique, puisqu'il n'exige aucune supervision de la part des tribunaux pour lier les parties.

La contestation la plus directe est venue du Muslim Canadian Congress, organisation nationale qui [Traduction] « offre une voix aux musulmans progressistes qui ne sont pas représentés par une organisation existante ». En plus de s'opposer farouchement à l'arbitrage fondé sur les croyances religieuses, le Muslim Canadian Congress a vivement contesté, par l'entremise de son représentant juridique, Rocco Galati, la légalité de l'utilisation de la *Loi sur l'arbitrage* pour l'examen des différends d'ordre familial.

Le Muslim Canadian Congress soutient ce qui suit :

1. La *Loi sur l'arbitrage* ne couvre pas les différends d'ordre familial tranchés en application de cette Loi. De plus, la *Loi sur le droit de la famille* et les autres textes législatifs concernant le droit de la famille constituent les seuls mécanismes permettant de trancher les différends relevant du droit de la famille et touchant les liens entre les conjoints et leurs enfants, y compris les questions relatives au patrimoine et à l'héritage. Nous sommes donc d'avis qu'aucune de ces questions ne peut être réglée par le mécanisme que prévoit la *Loi sur l'arbitrage*.
2. Si le gouvernement estime, comme cela semble être le cas, que la *Loi sur l'arbitrage* peut s'appliquer à ces questions, le MCC affirme que, dans cette mesure, la *Loi sur l'arbitrage* est inconstitutionnelle et est nulle et inopérante pour les raisons suivantes :
    a. elle porte atteinte aux droits énoncés aux articles 2, 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* que la Cour suprême du Canada a reconnus relativement à tout traitement différentiel non précisé dans la *Loi constitutionnelle de 1867*;
    b. elle va à l'encontre des normes constitutionnelles non écrites que la Cour suprême du Canada a énoncées dans le Renvoi sur la sécession du Québec, soit la règle de droit, le constitutionnalisme, le fédéralisme et le respect des minorités;
    c. elle va même à l'encontre des droits à l'égalité de la citoyenneté qui sont reconnus en common law et que la Cour suprême du Canada a énoncés dans l'arrêt *Winner*;
    d. elle va par ailleurs à l'encontre de l'ordre public en privatisant la fonction législative du Parlement, ce qui a été déclaré comme une mesure inconstitutionnelle, parce qu'elle équivaut à un abandon de cette fonction, comme la Cour suprême du Canada l'a dit dans *Re Gray* et répété dans *Hallett* et *Carey*.
        i. Étant donné que cette Loi est en vigueur et que le gouvernement affirme que cette compétence législative et constitutionnelle existe, ce que le MCC nie avec véhémence, nous demandons, non seulement au nom des Canadiens musulmans, mais également pour tous les autres Canadiens qui défendent la règle de droit ainsi que le constitutionnalisme et l'égalité, que l'affaire soit soumise à la Cour d'appel de l'Ontario dans le cadre d'un renvoi conformément à l'article 8 de la *Loi sur*

les tribunaux judiciaires, afin que la Cour d'appel tranche les questions suivantes :

a) la question de savoir si la *Loi sur l'arbitrage* confère une juridiction autre que la juridiction découlant de la *Loi sur le droit de la famille* et d'autres lois connexes pour trancher les différends relatifs aux biens, aux enfants, aux successions et au patrimoine dans le contexte familial;
b) la question de savoir si la *Loi sur l'arbitrage* est constitutionnelle, dans la mesure où elle confère cette juridiction[97].

L'Association nationale de la femme et du droit (ANFD), le Conseil canadien des femmes musulmanes (CCFM) et l'Organisation nationale des femmes immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible du Canada ont également contesté ensemble la constitutionnalité de l'utilisation de la *Loi sur l'arbitrage* pour trancher les questions d'ordre familial, citant l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et soutenant qu'il est foncièrement discriminatoire de permettre l'application d'autres types de loi, comme les lois religieuses, plutôt que les règles de droit canadiennes :

> [Traduction] ...il est nécessaire de faire un pas en arrière et de contester la loi habilitante, la *Loi sur l'arbitrage*... En effet, pour invoquer un droit reconnu par la *Charte*, il faut démontrer une forme d'intervention gouvernementale. L'argument juridique général serait l'absence de restrictions dans la *Loi sur l'arbitrage* qui permet l'utilisation de tout mécanisme juridique pour trancher les différends relevant du droit de la famille, ce qui est discriminatoire à l'endroit des femmes.
>
> La *Loi sur l'arbitrage* ne fait aucune distinction directe entre les personnes. C'est une loi que tout adulte peut invoquer. À ce stade de l'évaluation fondée sur l'article 15, l'argument est le fait que la loi a des incidences différentes sur les femmes parce qu'elle ne prévoit aucune limite explicite quant au type de règle de droit civil qu'elle couvre. Plus précisément, la Loi permet l'utilisation de l'arbitrage pour les différends relevant du droit de la famille, ce qui risque de léser les femmes, en raison de la possibilité que tout mécanisme soit employé à cette fin, même les mécanismes qui n'intègrent aucun principe d'égalité ou critère fondé sur la *Loi sur le droit de la famille* ou la *Loi sur le divorce*[98].

---

[97] Soumission, Muslim Canadian Congress (26 août 2004).

[98] Soumission, l'Association nationale de la femme et du droit, Conseil canadien des femmes musulmanes et Organisation nationale des femmes immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible du Canada, Natasha Bakht, « Family Arbitration Using Sharia Law : Examining Ontario's Arbitration Act and its impact on women » (13 septembre 2004).

Le Conseil national des femmes du Canada (CNFC) a adopté une longue résolution réprouvant l'utilisation de l'arbitrage pour trancher les questions d'ordre familial; voici une partie de cette résolution :

> [Traduction] Que le Conseil national des femmes du Canada (CNFC) adopte la politique suivante :
>
> a) que l'égalité des femmes, qui est inscrite dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, soit respectée en droit de la famille;
> b) que l'arbitrage avec sentence obligatoire soit rejeté pour les différends relevant du droit de la famille;
> c) qu'il ne soit pas permis d'utiliser de systèmes de rechange pour trancher les différends relevant du droit de la famille de manière à compromettre les droits des femmes et des enfants qui existent en vertu des règles de droit fédérales, provinciales et territoriales;
> d) qu'il ne soit pas permis d'invoquer la nécessité d'économiser les ressources judiciaires de manière à compromettre les droits des femmes et des enfants[99].

Dans cette même résolution, le CNFC prie instamment le gouvernement du Canada et les provinces d'adopter la même position politique.

Depuis plusieurs années, l'ANFD exprime son inquiétude devant le déséquilibre des forces entre les hommes et les femmes, notamment dans les cas où il y a violence conjugale, et soutient que, dans ce contexte, l'utilisation de mécanismes de règlement extrajudiciaire des différends risque de compromettre les droits à l'égalité des femmes. Dans son mémoire, l'Association souligne que le problème est encore plus inquiétant lorsque des questions relevant du droit de la famille sont tranchées par voie d'arbitrage :

> [Traduction] L'arbitrage est différent de la médiation en ce que les parties conviennent qu'une tierce personne tranche le différend qui les oppose de façon semblable à celle que le juge adopterait... Une sentence arbitrale peut être déposée auprès d'un tribunal et exécutée de la même manière qu'une ordonnance judiciaire. Le dépôt d'une ordonnance d'arbitrage auprès d'un tribunal n'est pas obligatoire ni n'indique que le tribunal surveille nécessairement l'exécution d'une sentence arbitrale. Il signifie simplement qu'une partie à l'entente d'arbitrage peut demander l'exécution forcée de la sentence de l'arbitre si une autre partie ne se conforme pas à celle-ci. Une fois qu'une entente d'arbitrage est signée, les parties ne peuvent décider de se soustraire à l'arbitrage. Cette situation peut devenir particulièrement problématique lorsqu'une entente

[99] Conseil national des femmes du Canada, « Protecting Family Law Resolution 04.01EI (2004) », en ligne : <http://www.ncwc.ca/pdf/policies_2004.pdf>.

> d'arbitrage est signée à la date du mariage, mais que l'arbitrage lui-même a lieu des années plus tard, alors qu'une des deux parties a changé d'avis et ne veut plus soumettre le différend à l'arbitrage[100].

Tant l'ANFD que le Conseil canadien des femmes musulmanes (CCFM) soutiennent que l'Ontario devrait suivre l'exemple du Québec et interdire que l'arbitrage soit utilisé comme mode de règlement des litiges relevant du droit de la famille. Le *Code civil* prévoit ce qui suit :

> Ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public[101].

Dans son mémoire, le CCFM a lui aussi demandé à l'Ontario de suivre l'exemple du Québec et de supprimer l'option d'utiliser la *Loi sur l'arbitrage* dans les affaires relevant du droit de la famille[102].

Fait intéressant à souligner, le *Code de procédure civile du Québec* exige la médiation dans les cas portant sur le droit de la famille, alors que l'ANFD et la plupart des groupes de femmes concernés s'opposent à cette politique, parce qu'en raison du déséquilibre des forces entre les hommes et les femmes, la médiation risque non seulement de provoquer des inégalités, mais également de mettre les femmes en danger dans les cas de violence familiale. Selon ces groupes, malgré ce problème, les règlements découlant de la médiation sont supervisés par la cour et seraient donc assujettis à une certaine forme de contrôle.

Il est certain que les tribunaux rabbiniques ou Beit Din sont appelés à arbitrer les différends en matière familiale au Québec; cependant, il semblerait que les sentences arbitrales puissent être considérées comme des documents consultatifs, au même titre que les accords de séparation, et doivent être confirmées par la cour pour avoir un caractère exécutoire.

La « privatisation » des différends de nature familiale en Ontario et au Canada a été déplorée dans de nombreux mémoires. Les mécanismes de règlement extrajudiciaire des différends auraient pour effet de retirer les affaires familiales de la scène publique, où ils sont assujettis aux impératifs et aux mesures de contrôle découlant de l'ordre public. Selon Gaétanne Pharand, présidente de l'Action ontarienne contre la violence faite aux femmes,

---

[100] Soumission, l'Association nationale de la femme et du droit, Conseil canadien des femmes musulmanes et Organisation nationale des femmes immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible du Canada, Natasha Bakht, « Family Arbitration Using Sharia Law : Examining Ontario's Arbitration Act and its impact on women » (13 septembre 2004).

[101] *Code civil du Québec*, art. 2639.

[102] Soumission, Conseil canadien des femmes musulmanes (23 juillet 2004).

> Contrairement aux lois en vigueur qui pourraient faire l'objet de réformes ou modifications grâce à la jurisprudence, on ne pourrait avoir d'emprise sur les vicissitudes des décisions prises en arbitrage, puisque celles-ci font partie d'un processus privé. Les lois canadiennes n'étant pas toujours sans failles dans leur élaboration ou leur application, le public dispose au moins d'un recours puisqu'il s'agit d'un processus public. L'utilisation des processus alternatifs dans les cas de garde légale ou de séparation des biens matrimoniaux constitue une privatisation du droit de la famille qui remet en question les principes mêmes de justice.

L'ANFD donne d'autres précisions dans son mémoire :

> [Traduction] Il est possible de formuler un argument général au sujet des répercussions de la privatisation du droit de la famille sur les femmes. Effectivement, de nombreux chercheurs ont décrié les risques découlant de l'attitude de l'État qui nie toute responsabilité de sa part relativement aux questions d'ordre « privé ».
>
> > L'idéologie de la dichotomie entre les secteurs public et privé permet au gouvernement de se décharger de toute *responsabilité* dans les situations relevant du secteur « privé » et de *dépolitiser* les inconvénients que subiront inévitablement certaines personnes du fait de cette dichotomie[103].

Certains avocats qui agissent régulièrement en qualité d'arbitres et favorisent le maintien du recours à l'arbitrage en droit de la famille ont néanmoins exprimé des préoccupations. Ainsi, Alfred Mamo, avocat de London, s'est exprimé comme suit :

> [Traduction] Une des grandes lacunes de l'arbitrage est le fait que la procédure suivie ne doit pas nécessairement respecter le concept traditionnel de la justice ouverte, qui assure un résultat juste par la transparence, le contrôle public et l'obligation de rendre compte. En raison de ce manque d'ouverture, des personnes vulnérables pourraient facilement être entraînées dans une démarche qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale sur le plan de la forme ou du fond. Eu égard à la nature privée de la procédure, surtout lorsque la décision de l'arbitre ne peut être portée en appel, la forme et le fond échappent à tout contrôle[104].

---

[103] Lacey dans Susan Boyd, ed. Challenging the Public/Private Divide: Feminism,Law and Public Policy, Toronto, University of Toronto Press, 1997 à la p. 3 dans soumission, l'Association nationale de la femme et du droit, Conseil canadien des femmes musulmanes et Organisation nationale des femmes immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible du Canada, Natasha Bakht, « Family Arbitration Using Sharia Law : Examining Ontario's Arbitration Act and its impact on women » (13 septembre 2004).

[104] Soumission, Alfred Mamo (16 septembre 2004).

Pour sa part, A. Burke Doran, un autre avocat qui siège régulièrement dans des affaires d'arbitrage, avait également des réserves à formuler au sujet du bien-fondé de ce mécanisme dans certaines situations familiales :

> [Traduction] Il est probable que la démarche sera totalement insatisfaisante si l'une des parties est de mauvaise foi ou qu'elle veut retarder le déroulement de l'affaire ou utiliser la procédure à son profit; en pareil cas, il est plus avantageux de recourir au système judiciaire formel traditionnel. De plus, il arrive souvent qu'une affaire nécessitant sept jours pour la présentation de la preuve piétine pendant des mois en raison des conflits d'horaire des autres avocats. Dans le système judiciaire traditionnel, le juge entend l'affaire jusqu'à la fin et les avocats doivent tout simplement être là pendant l'audience. En théorie, cette procédure pourrait être suivie pendant l'arbitrage, mais l'arbitre est habituellement réticent à imposer des règles strictes aux avocats et aux parties. Dans la même veine, les arbitres ont tendance à être très patients alors que cette attitude a parfois pour effet de prolonger la cause[105].

Thème : L'arbitrage devrait continuer à être utilisé en droit de la famille

Le gouvernement soutient que l'arbitrage des différends relevant du droit de la famille est autorisé en vertu de la *Loi sur l'arbitrage*, comme c'est le cas pour toute autre question pour laquelle l'arbitrage n'est pas interdit pour des raisons liées à la compétence (comme la compétence fédérale sur les actes criminels ou le divorce) ou en vertu d'une loi (comme la législation ontarienne en matière de travail). Il est indéniable que les modifications apportées à la *Loi sur l'arbitrage* au début des années 1990 visaient notamment à favoriser l'utilisation de mécanismes de règlement extrajudiciaire des différends comme la médiation et l'arbitrage, afin d'élargir l'éventail de recours disponibles et l'accès à la justice pour les parties opposées dans les litiges relevant du droit de la famille et de diminuer les arriérés de causes qui avaient pour effet de prolonger et d'exacerber les conflits. Étant donné que la procédure d'arbitrage était privée et que bon nombre de personnes la choisissaient afin d'éviter que leurs conflits personnels ne soient portés à l'attention du public, aucun mécanisme visant à contrôler ou à surveiller l'utilisation de l'arbitrage pour ces questions n'a été mis sur pied. En conséquence, il a été très difficile pour le groupe d'étude de déterminer la mesure dans laquelle l'arbitrage est utilisé pour trancher ces différends. Nous avons dû nous fonder sur les comptes rendus d'avocats et d'arbitres qui ont bien voulu nous faire part de certains renseignements à ce sujet.

Il appert nettement de nos consultations que l'arbitrage est plus fréquent dans certaines régions que d'autres, notamment à Toronto, où les horaires chargés des tribunaux font de l'arbitrage une solution de rechange permettant de régler plus rapidement les litiges. Cependant, nous avons également constaté que l'arbitrage est utilisé un peu partout dans la province en matière familiale. Il semble que la disponibilité d'arbitres considérés comme des spécialistes représente le facteur le plus important qui détermine l'ampleur

[105] Soumission, A. Burke Doran (22 septembre 2004).

de l'utilisation de l'arbitrage, suivi de près par l'acceptation du règlement extrajudiciaire des différends par la collectivité juridique locale.

Des avocats auxquels nous nous sommes adressés, ceux qui oeuvrent en droit de la famille ont signalé des degrés variés de confiance à l'endroit des mécanismes de règlement extrajudiciaire des différends. Certains avocats, notamment ceux qui représentent des clients vulnérables, continuent à être sceptiques au sujet de la médiation et de la tendance de quelques médiateurs n'ayant aucune formation juridique à encourager les clients à signer des ententes de médiation sans d'abord obtenir un avis juridique indépendant. Certains avocats oeuvrant en droit de la famille sont tellement enthousiastes au sujet des mécanismes RED qu'ils ont commencé à faire du droit exercé en collaboration, c'est-à-dire qu'ils travaillent en étroite coopération avec leur client et la partie adverse ainsi que l'avocat de celle-ci afin de tenter de trouver des solutions sans passer par les cours de justice. D'autres avocats encouragent l'utilisation de la médiation, pourvu que les questions qui ne peuvent être résolues soient soumises à l'arbitrage, parfois devant la même personne agissant en qualité d'arbitre, lorsque l'entente d'arbitrage le prévoit. Un certain nombre d'avocats spécialisés en droit de la famille offrent eux-mêmes des services de médiation et d'arbitrage.

Le groupe d'étude a également consulté un certain nombre de personnes et de groupes qui offrent actuellement des services de médiation et d'arbitrage et qui appuient vivement le maintien de la possibilité de trancher par arbitrage les litiges relevant du droit de la famille. D'après les personnes et organismes qui ont bien voulu fournir des statistiques au groupe d'étude, le nombre d'arbitrages dirigés par chacun au cours d'une année variait de six à soixante, la moyenne se situant entre trente et trente-cinq. Nous savons que très peu de règlements découlant de l'arbitrage sont soumis aux tribunaux. Une seule personne interrogée a souligné qu'une de ses décisions avait été révisée par une cour de justice; dans deux cas, la partie ayant porté la décision devant la Cour a soutenu que celle-ci était entachée d'une erreur de droit et, dans un cas comme dans l'autre, la demande de contrôle a été rejetée. Un examen des décisions judiciaires pertinentes confirme l'affirmation de ces arbitres et avocats selon laquelle ces décisions semblent être acceptées par les deux parties dans la plupart des cas, même par les parties qui ne gagnent pas. De plus, l'exécution des décisions rendues par l'arbitre semble moins souvent nécessaire que dans le cas des décisions judiciaires elles-mêmes. D'après les personnes que nous avons interrogées, ce résultat s'explique probablement par le fait que les clients ont l'impression de contrôler la procédure jusqu'à un certain point, d'avoir leur mot à dire sur le choix de la personne qui jugera l'affaire et de participer dans une certaine mesure à la détermination des résultats.

Plusieurs raisons expliquent que l'arbitrage soit devenu un mécanisme fréquemment utilisé par plusieurs avocats, voire la solution qu'ils privilégient. Alfred Mamo a exprimé le point de vue de plusieurs personnes interrogées lorsqu'il a formulé les remarques suivantes :

> [Traduction] Dans l'ensemble, je crois que l'augmentation du nombre d'arbitrages en droit de la famille découle directement du fait que l'appareil

> judiciaire public ne réussit pas à répondre aux besoins des consommateurs, qu'il y ait ou non une cour de la famille unifiée dans la juridiction concernée. La vision du gouvernement et du barreau quant à l'existence d'une cour unifiée globale au sein de laquelle les juges appliqueraient un système de gestion des instances bien articulé au profit des familles concernées a été diluée et continue à l'être.
>
> Ma préoccupation est que nous assistons à l'heure actuelle à la naissance d'un système de justice à deux vitesses : ceux qui peuvent, essentiellement, se permettre de choisir et d'engager leur propre juge pour trancher leur cause créent leur propre système privé, tandis que les autres se morfondent dans le système public. Le phénomène est aggravé par l'augmentation du nombre de parties qui se représentent elles-mêmes, ce qui ralentit le traitement de l'ensemble des litiges et donne aux avocats et aux parties encore plus de raisons de tourner le dos au système traditionnel[106].

Au cours d'une consultation menée auprès de représentants de la Section du droit de la famille de l'Association du Barreau de l'Ontario et de l'Advocates Society, le groupe d'étude s'est fait dire que le retrait de l'option d'arbitrage [Traduction] « serait une catastrophe et nous ferait reculer de trente ans en droit de la famille ». Lors de la consultation menée auprès du Barreau du Haut-Canada, un avocat a souligné que, dans le cadre de l'arbitrage, les parties peuvent, sur les conseils de leurs avocats, choisir un arbitre qui est un expert en droit de la famille tandis que, lorsqu'elles optent pour le système judiciaire traditionnel, elles doivent comparaître devant le juge qui leur est attribué, que ce juge soit spécialisé ou non en la matière. Un point de vue semblable a été exprimé par l'avocat bien connu en droit de la famille, Philip Epstein, qui offre également des services de médiation et d'arbitrage :

> [Traduction] Cette démarche est très avantageuse pour les deux parties. D'abord et avant tout, les clients sont convaincus qu'ils obtiennent les services de spécialistes qui ne sont pas toujours disponibles dans le système judiciaire traditionnel. En effet, les juges qui siègent dans les divisions de la famille ne sont pas toujours les mêmes et ne sont pas toujours des spécialistes. En choisissant comme arbitre un spécialiste du droit de la famille qui enseigne constamment dans ce domaine, ils obtiennent les services d'une personne qui est au courant des derniers développements en la matière et qui peut ainsi proposer la solution la plus moderne qui soit à leurs problèmes. Étant donné que je suis également avocat dans ce domaine et qu'il m'arrive fréquemment d'élaborer des règlements à l'amiable pour mes clients, ceux-ci bénéficient de solutions créatives à cet égard. Ces solutions ne pourraient être conçues par une cour de justice traditionnelle.

---

[106] Soumission, Alfred Mamo (16 septembre 2004).

> Les parties aiment savoir que l'affaire débutera et se poursuivra à une date et une heure précises. Il n'y a aucun risque que la cour perde le dossier et les parties ont toutes les raisons de croire que l'affaire se terminera à la date initialement prévue, ce qui est habituellement le cas. Les avocats sont en mesure de fixer les rencontres aux moments qui leur conviennent et ne perdent pas de temps à attendre à l'extérieur de la salle d'audience; de plus, les clients obtiennent un règlement dans des délais très précis. Même si le coût de la médiation est parfois élevé, il est partagé dans presque tous les cas et est souvent nettement inférieur à celui de l'instance judiciaire[107].

Pour sa part, le représentant de l'Advocate's Society a déclaré que les frais de l'arbitrage sont inférieurs à ceux de la procédure judiciaire [Traduction] « dans tous les cas » et déplore que, lorsque l'instance judiciaire est terminée, bon nombre de clients ont utilisé les ressources familiales à un point tel qu'il reste peu de biens à partager. Il n'est pas étonnant que tous les avocats consultés recommandent au législateur d'obliger les parties concernées à obtenir un avis juridique indépendant avant de procéder à l'arbitrage, reconnaissant toutefois que l'accès restreint à l'aide juridique peut empêcher certains clients qui tireraient profit de l'arbitrage de participer à cette démarche. Tous les avocats qui ont été interrogés ont souligné l'importance d'une entente écrite signée devant témoin lors du différend, laquelle entente fait état des questions à trancher à l'arbitrage, comporte le cas échéant une clause de renonciation aux droits et précise si l'arbitre peut également agir en qualité de médiateur, dans les cas opportuns. Tous les arbitres consultés qui sont avocats et bon nombre de ceux qui ne le sont pas rendent des décisions écrites motivées dans le délai prévu dans l'entente d'arbitrage.

Le groupe d'étude a reçu un mémoire de Fathers Are Capable Too (FACT), qui est un groupe de soutien et de défense des personnes aux prises avec un divorce et qui cherche à promouvoir l'égalité ainsi que des résultats positifs pour les enfants et la famille lors de la rupture de l'union. Ce groupe préconise le recours élargi à la médiation et à l'arbitrage dans les affaires relevant du droit de la famille afin de réduire le stress et l'instabilité causés par la séparation. Voici comment le groupe s'exprime dans son mémoire :

> [Traduction] Le système judiciaire traditionnel n'offre pas de mécanisme non accusatoire; bien au contraire, il génère du stress et de l'adversité. Les affaires qui ont été portées devant les tribunaux en raison d'un système qui favorise ou nécessite l'intervention de ceux-ci sont traitées principalement lors d'audiences tenues devant un juge des requêtes. Or, au cours de ces audiences, des personnes autres que des spécialistes et des parents viennent exposer leurs arguments et, moins de vingt minutes après ces exposés, le juge impose aux enfants une décision qui demeurera en vigueur pendant des décennies. Ces tribunaux de la famille constituent un environnement néfaste pour les enfants et les parents.

---

[107] Soumission, Philip Epstein (21 septembre 2004).

> Dans la majeure partie des cas, les juges des requêtes ne tiennent pas compte de la situation ou des besoins particuliers des enfants et, souvent, ils ne peuvent le faire. Les lacunes de la législation en vigueur et de la jurisprudence empêchent l'adoption de solutions efficaces dans le système judiciaire traditionnel[108].

FACT indique également dans son mémoire que le système judiciaire actuel n'incite pas les familles à participer à l'élaboration des solutions; [Traduction] « ce sont plutôt les avocats, les juges, les bureaucrates et les « spécialistes » qui cherchent à imposer leurs propres normes culturelles aux différentes familles du Canada »[109]. En conséquence, le groupe demande l'expansion des mécanismes de règlement extrajudiciaire des différends.

> [Traduction] À cette fin, il est évident qu'il est important de mettre en place d'autres formes de règlement des différends qui ne font pas appel aux tribunaux et qu'il est impérieux de reconnaître que ces autres mécanismes ne nuisent pas aux enfants ou aux parents, au contraire. Les mécanismes de règlement des différends qui offrent un élément de soutien communautaire axé sur la guérison permettent de plus en plus d'atténuer les préjudices dont souffrent les enfants et les parents par suite du divorce[110].

FACT s'oppose à ce que les personnes concernées soient tenues d'obtenir un avis juridique indépendant, soutenant que la participation d'avocats au mécanisme de règlement extrajudiciaire annule les avantages de l'arbitrage. Le groupe souhaiterait également une diminution des motifs pouvant être invoqués au soutien du contrôle judiciaire; plus précisément, il préconise l'absence de contrôle judiciaire fondé sur l'article 56 de la *Loi sur le droit de la famille*.

> [Traduction] L'article 56 de la *Loi sur le droit de la famille* permet aux tribunaux d'intervenir et de modifier les parties de l'entente d'arbitrage qui concernent le revenu, la garde, la résidence et l'accès. L'article 56 ne permet pas de calculer à nouveau le partage des biens convenu dans cette même entente... Un rejet inéquitable des conditions de l'arbitrage crée de l'injustice, favorise l'opportunisme et empêche les parties d'en arriver à un accord dans un contexte non conflictuel[111].

De l'avis de FACT, l'interaction entre la *Loi sur l'arbitrage* et la *Loi sur le droit de la famille*

---

[108] Soumission, Fathers Are Capable Too, « Parenting Association, The Arbitration Act and Family Law» (3 septembre 2004).
[109] Soumission, Fathers Are Capable Too, « Parenting Association, The Arbitration Act and Family Law» (3 septembre 2004).
[110] Soumission, Fathers Are Capable Too, « Parenting Association, The Arbitration Act and Family Law» (3 septembre 2004).
[111] Soumission, Fathers Are Capable Too, « Parenting Association, The Arbitration Act and Family Law» (3 septembre 2004).

> ...doit être corrigée. En bout de ligne, deux solutions existent : le législateur pourrait modifier la *Loi sur l'arbitrage* de façon que celle-ci ne couvre plus les questions relevant du droit de la famille, ce qui éliminerait une autre option raisonnable permettant d'obtenir des résultats plus positifs pour les enfants et les familles et forcerait chaque famille à s'enfoncer dans le bourbier que représente le système judiciaire, à un prix très élevé aux plans financier et social. Alternativement, il y a lieu de promouvoir une acceptation positive de l'arbitrage et d'empêcher l'annulation facile de la solution découlant du recours à ce mécanisme, afin que les enfants et les parents aient accès à des solutions de nature communautaire qui donnent des résultats beaucoup plus intéressants pour eux[112].

Afin de résumer le point de vue des personnes qui appuient l'utilisation de l'arbitrage pour les causes familiales, je cite à nouveau le mémoire de Phil Epstein :

> [Traduction] À mon avis, interdire aux parties de soumettre à l'arbitrage leurs différends relevant du droit de la famille en Ontario serait une grave erreur. Le recours à l'arbitrage est beaucoup plus fréquent aujourd'hui et, conjugué à la médiation, il représente un outil très utile pour réduire les conflits et encourager un règlement plus rapide et moins coûteux. L'élimination de cet instrument causerait un tort considérable à la population. Je ne formule pas ces propos parce que je suis intéressé, puisque les parties continueront toujours à recourir à la médiation et que j'ai beaucoup plus de travail dans ce domaine que je ne pourrai jamais en accepter. Je formule cette affirmation simplement parce que je suis convaincu que l'arbitrage représente une solution très efficace et très avantageuse pour les parties au plan des coûts. Les cours de justice seront toujours disponibles pour les personnes qui ne souhaitent pas utiliser ce mécanisme, mais l'arbitrage deviendra plus populaire au fur et à mesure que les parties seront mieux informées à ce sujet. De plus, l'arbitrage est une démarche confidentielle, comparativement à l'instance judiciaire, ce qui représente un autre avantage majeur, puisque bon nombre de parties veulent éviter que leurs problèmes soient portés à la connaissance du public[113].

Thème : L'arbitrage ne devrait pas être fondé sur les lois religieuses, notamment la loi personnelle islamique

Les personnes religieuses qui croient devoir suivre les enseignements de leur foi se trouvent souvent aux prises avec un dilemme lorsque les lois civiles d'un pays ne traduisent pas les principes et pratiques de leurs convictions religieuses. La loi religieuse permet de déterminer quelles sont les personnes qui sont considérées comme des membres à part entière de la communauté religieuse. Ceux qui ne se conforment pas à la loi religieuse sont souvent victimes d'ostracisme et perdent le droit

---

[112] Soumission, Fathers Are Capable Too, « Parenting Association, The Arbitration Act and Family Law» (3 septembre 2004).
[113] Soumission, Philip Epstein (21 septembre 2004).

de poursuivre leurs pratiques religieuses au sein de la collectivité, lorsqu'ils ne sont pas entièrement répudiés par celle-ci. Différentes communautés religieuses ont mis en place des mécanismes permettant de trancher ces questions et les conséquences découlant des contraventions aux lois religieuses varient sensiblement d'une communauté à l'autre. Selon la plupart des traditions religieuses, les lois religieuses qui touchent le plus la vie des personnes sont celles qui concernent des questions comme le mariage, le divorce, le partage des biens, les aliments en cas de rupture du mariage, la garde et les droits de visite des enfants et l'héritage, que nous avons le plus souvent tendance à regrouper dans les règles régissant le droit de la famille ou des personnes. Un survol de certaines lois religieuses peut être utile dans ce contexte.

L'Église catholique romaine ne reconnaît pas le divorce et considère le mariage comme un sacrement qui nécessite un engagement pour la vie de la part des conjoints. Pendant de nombreuses années, l'Église catholique s'est servie de son influence politique considérable pour s'opposer à la libéralisation du divorce au Canada et ailleurs. Le catholique qui divorce conformément aux lois civiles et désire ensuite se remarier et continuer à faire partie de l'Église ne peut le faire que s'il obtient une annulation selon le droit canon. Une fois que le divorce civil a été obtenu, la partie qui sollicite l'annulation présente une demande à un tribunal matrimonial, dont le rôle consiste à annuler les mariages conformément au droit canon. Les tribunaux matrimoniaux de l'Église catholique n'examinent pas les questions liées à la garde, à l'accès, aux aliments ou au partage des biens, lesquelles doivent être tranchées par la procédure civile, parce que le droit canon n'autorise pas les tribunaux à statuer sur ces questions. Lorsqu'un catholique se remarie sans avoir obtenu l'annulation de son premier mariage, l'Église considère le mariage nul et non avenu et la personne n'a pas le droit de communier. Le statut des enfants du mariage peut être touché, notamment lorsque les parents désirent que les enfants reçoivent leur éducation dans le système des écoles catholiques ou qu'ils se marient au sein de l'Église. [Traduction] « Les décisions du tribunal matrimonial de l'Église catholique n'ont jamais été contestées devant des tribunaux laïques et les participants ne se prévalent pas des dispositions de la législation en matière d'arbitrage »[114].

Dans l'Église anglicane du Canada, une personne divorcée qui désire se remarier à l'intérieur de l'Église doit en faire la demande à l'évêque de son diocèse local. L'évêque peut soumettre la demande à une [Traduction] « commission matrimoniale » qui se réunit dans chaque diocèse. Dans certains cas, la commission matrimoniale peut examiner la conduite du requérant envers l'ex-conjoint et les enfants du mariage, notamment la constance avec laquelle il a subvenu à leurs besoins, avant de donner son avis à l'évêque. Il s'ensuit que l'Église tient compte de la capacité de la personne de se conformer à ses obligations lorsqu'elle décide si le remariage au sein de l'Église est approprié ou non. Si le remariage n'est pas jugé approprié, la personne devra se marier devant une autorité civile ou dans une autre église qui n'applique pas ces restrictions. L'Église anglicane n'annule pas les mariages ni n'examine les questions liées au partage des biens, aux aliments ou à la garde qui se posent à la rupture de l'union; ces questions sont tranchées par les cours de justice. Encore là, à l'instar de

[114] John Syrtash, « Alternative Cultural Dispute Resolution », [non publié] (31 août 2004) aux p. 6 et 7.

l'Église catholique, il ne semble pas que l'Église anglicane rende des décisions sur des litiges fondés sur la *Loi sur l'arbitrage*[115].

La loi juive, la *halakhah*, comporte des règles exhaustives régissant le mariage et la rupture du mariage.

> [Traduction] Le divorce est une affaire relativement simple dans la tradition judaïque. En cas d'échec du mariage, quelle qu'en soit la raison, il existe un moyen de mettre un terme à la relation contractuelle. En s'inspirant de plusieurs citations bibliques, les sages ont conçu une procédure permettant de libérer les conjoints. Le divorce vise à permettre à ceux-ci de se trouver un nouveau partenaire. Chez les Juifs, le divorce est une solution regrettable, mais acceptable en cas d'échec du mariage... Lorsqu'un mariage ne fonctionne pas, qu'il ne comble pas les attentes du couple ou ne répond pas aux idéaux du judaïsme, la procédure permet d'y mettre fin. Le divorce est une triste nécessité : ceux qui ont recours à cette solution ne sont pas blâmés et aucun péché ne leur est imputé. Le divorce permet (or : laisse les ex-conjoints libres) aux ex-conjoints de recommencer[116].

Selon la croyance juive, les deux parties doivent consentir volontairement au divorce; l'homme doit donner le *guèt*, soit le nom donné au document et à la procédure, et la femme le reçoit. La procédure n'est pas de nature accusatoire. Lorsque les Juifs se marient, ils signent un contrat, appelé *kétouba*, qui prévoit le paiement d'aliments aux femmes veuves ou divorcées. Lorsqu'un *guèt* est donné et reçu, la *kétouba* est révoquée. La femme qui ne reçoit pas le *guèt* devient une *agunah* et ne peut se marier dans le cadre d'une cérémonie juive religieuse. Si elle se remarie malgré tout sans le *guèt*, les enfants qui naîtront de la nouvelle union seront considérés comme des enfants illégitimes (*manzerim*) : ils ne seront pas autorisés à participer aux cérémonies religieuses, à épouser une personne juive ou à bénéficier de la citoyenneté complète en Israël.

> [Traduction] Le divorce juif est prononcé par un tribunal juif appelé Beth Din et composé habituellement de trois rabbins, dont l'un d'eux est spécialiste en matière de divorce. **Le divorce civil ne suffit pas selon la loi juive**. L'obligation relative au GUÈT concerne les Juifs orthodoxes et conservateurs. Chez les Juifs réformistes, le divorce civil suffit dans la plupart des cas. Cependant, l'obligation relative au GUÈT s'applique dans l'ensemble de l'État d'Israël et les parties qui n'ont pas de GUÈT ne pourront habituellement pas contracter un nouveau mariage en Israël. Par conséquent, de nombreux Juifs sont touchés directement ou indirectement par ces règles[117].

---

[115] John Syrtash, « Alternative Cultural Dispute Resolution », [non publié] (31 août 2004) à la p. 7.
[116] Norma Baumel Joseph, Evelyn Beker Brook, Marilyn Bicher, « Untying the Bonds Jewish Divorce: A GET Education Video and Guidebook » The Coalition of Jewish Women for the Get, 1997 à la p. 5.
[117] Norma Baumel Joseph, Evelyn Beker Brook, Marilyn Bicher, « Untying the Bonds Jewish Divorce: A GET Education Video and Guidebook » The Coalition of Jewish Women for the Get, 1997 à la p. 4.

John Syrtash cite une étude menée par Harvey J. Kirsh, avocat de Toronto :

> [Traduction] Dans son étude, Kirsh démontre également « qu'il n'existe aucune autorité religieuse centrale dans le judaïsme », aucun dignitaire ecclésiastique qui exerce une compétence universelle : « Le plus souvent, les congrégations locales sont indépendantes les unes des autres. L'élément qui relie la grande majorité des congrégations et en favorise l'uniformité, c'est l'autorité reconnue de la loi traditionnelle. Les trois grandes sources de la loi juive sont la *Torah*, la *Mishna* et la *Gemara*. Le Talmud est essentiellement une compilation des lois et traditions qui sont nées de la *Torah*. Les lois de la *Torah* étaient plutôt des énoncés et les rabbins devaient souvent les interpréter »[118].

En Ontario, le tribunal juif est connu sous le nom de Beis Din. Dans la grande majorité des cas, suivant les traditions du judaïsme orthodoxe, conservateur et libéral, les parties se présentent au Beis Din uniquement pour donner et recevoir le *guèt*. Toutefois, dans environ trente cas par année, le Beis Din examine toutes les questions liées à la rupture du mariage, comme les aliments, le partage des biens, la garde et le droit de visite. Dans ces situations, il invoque la *Loi sur l'arbitrage* pour assurer l'exécution de ses décisions.

Étant donné que la proposition de l'Institut islamique de justice civile a déclenché la présente étude et qu'il appert nettement de bon nombre des réponses que le groupe d'étude a reçues que le grand public est moins renseigné sur lois religieuses musulmanes que sur celles des Juifs ou des chrétiens, je présente ci-après des renseignements plus détaillés au sujet des lois religieuses musulmanes que ceux que j'ai donnés sur les autres types de religion. Les communautés juives, chrétiennes et musulmanes sont toutes issues de la tradition d'Abraham et se fondent sur leurs textes sacrés pour indiquer aux croyants comment répondre aux attentes d'un seul Dieu tout-puissant. Les musulmans reconnaissent Abraham, Moïse et Jésus comme les prophètes du seul Dieu.

Pour les musulmans, le Coran représente la parole qu'Allah a révélée à son dernier prophète, Mahomet, et énonce les exigences juridiques, spirituelles et théologiques d'Allah. Le Coran est complété par la *sounnah* du Prophète, par les jugements, attitudes et paroles de Mahomet, qui ont été consignés lors du décès du Prophète ou peu de temps après par ses adeptes, et par les traditions qui en découlent et qui sont appelées les *hadiths*.

> [Traduction] Après la mort des compagnons de Mahomet et en raison de la multiplication soupçonnée des traditions orales, la nécessité de systématiser les *hadiths* s'est imposée. Malheureusement, les comptes rendus oraux ont fréquemment été inventés et perpétués en fonction des besoins des gens, si bien que, dès le début du IX^{e} siècle, 1 000 000 de *hadiths* souvent contradictoires étaient véhiculés. Les sciences complexes des *hadiths* et du droit, ou *usul al-*

[118] Harvey Kirsh, « Conflict Resolution and hte Legal Culture : A Study of the Rabbinical Court » cité dans John Syrtash, « Alternative Cultural Dispute Resolution », [non publié] (31 août 2004) à la p. 340.

> *fiqh,* sont nées de la nécessité de s'inspirer des traditions comme fondement de la conduite dans un nouveau contexte social et politique... Bien qu'elles aient évolué lentement, ces sciences ont abouti à la compilation des six livres canoniques du rite sunnite et, un siècle plus tard, des quatre livres canoniques du rite chiite, soit respectivement au milieu des X^{e} et XI^{e} siècles. ... Traditionnellement, l'autorité de ces ouvrages canoniques a rarement été mise en doute, bien qu'il s'agisse d'oeuvres composées par l'homme. Toutefois, depuis le XVIII^{e} siècle, leur autorité a été réexaminée par suite de différents mouvements de réforme musulmane et des défis que doivent relever les musulmans dans le monde moderne...[119].

Le Conseil canadien des femmes musulmanes a remis au groupe d'étude un document fort intéressant, soit une étude produite par le groupe Femmes sous lois musulmanes (FSLM) et intitulée « Knowing Our Rights : women, family, laws and customs in the Muslim World ». Créé en 1984, le groupe FSLM a débuté ses activités comme comité d'action [Traduction] « en réponse à plusieurs situations précises qui nécessitaient une intervention urgente. Dans chacun de ces cas, des femmes se voyaient refuser certains droits au nom de lois 'islamiques' »[120]. Ce groupe a entrepris une étude de dix ans concernant la façon dont la loi musulmane s'applique aux femmes dans différents pays. Il appert nettement des comparaisons exhaustives présentées que les mêmes versets du Coran donnent des résultats très différents, selon l'évolution du droit dans la juridiction concernée :

> [Traduction] Aujourd'hui, la plupart des textes législatifs et même les « lois musulmanes » non codifiées que les tribunaux appliquent à titre de lois musulmanes découlent d'un mélange éclectique des dispositions des différentes écoles. Ces règles sont ajoutées à une acceptation des principes de modernisation (notamment en ce qui a trait à la nécessité que l'État réglemente le mariage et le divorce) et aux vestiges des coutumes (par exemple, le refus des tribunaux de bon nombre de juridictions de reconnaître les droits de propriété des femmes lors du divorce). La recherche nous indique également que les juges et communautés ont fréquemment déclaré que l'application qu'ils faisaient des lois musulmanes correspondait à une secte particulière (comme les Malékites ou les Hanafis), même si les gens de la même secte qui vivent ailleurs font les choses différemment[121].

Bien entendu, cette question a touché une corde sensible chez bon nombre de personnes interrogées et les commentaires reproduits ci-après indiquent à quel point il est difficile de définir exactement de quoi nous parlons lorsque nous faisons allusion à la loi musulmane :

---

[119] V. A. Behiery, A.M. Guenther, Islam : Its Roots and Wings, Mississauga, Conseil canadien des femmes musulmanes, 2000 aux pp. 11 à 13.

[120] Femmes sous lois musulmanes, Knowing Our Rights : Women, family, laws and customs in the Muslim World, Londres, Femmes sous lois musulmanes, 2003 à la p. 15.

[121] Femmes sous lois musulmanes, Knowing Our Rights : Women, family, laws and customs in the Muslim World, Londres, Femmes sous lois musulmanes, 2003 à la p. 30.

[Traduction] La composition de la communauté musulmane canadienne est très diversifiée. Cette diversité est mise en évidence dans les pratiques qui sont fondées sur différentes écoles de pensée et sur certaines conventions culturelles et qui ont été codifiées dans quelques-uns des pays et régions musulmans.

Cette diversité pourrait susciter des controverses et des problèmes lors de l'application de règles, normes et principes aussi différents à la population multiethnique et multinationale vivant en Ontario[122].

Il n'y a aucun système monolithique appelé « loi familiale/personnelle musulmane », ce qui est simplement une façon raciste, si euphémiste, de dire que nous appliquerons l'équivalent de la « loi chrétienne », de la « loi asiatique » ou de la « loi africaine »[123].

L'histoire de l'islam est donc marquée par l'évolution de différentes collectivités qui ont créé leurs propres écoles de jurisprudence. Cependant, quelles que soient les différences entre les communautés chiites et sunnites ou entre leurs subdivisions, elles n'ont jamais donné lieu à une divergence fondamentale au plan théologique ou dogmatique de façon à provoquer un schisme. D'autre part, compte tenu de l'absence d'église établie dans l'islam et de méthode institutionnalisée qui permettrait d'interpréter les dogmes, l'histoire nous apprend qu'il est inexact de parler de la scission entre les chiites et les sunnites ou encore des différences d'interprétation au sein de chaque rite, sous forme de dichotomie entre orthodoxie et hétérodoxie, ou encore d'utiliser le mot « secte » pour décrire une communauté chiite ou sunnite[124].

D'abord et avant tout, il n'y aura jamais une seule charia centralisée que tous les musulmans accepteront, eu égard aux divergences d'opinions au sein de l'islam. Cependant, l'islam n'exige pas une pensée uniforme sur tout et, en fait, la diversité de la pensée juridique est considérée comme une [Traduction] « bénédiction de Notre Seigneur ». Ainsi, les musulmans ont toujours connu différents types de charia, ce qui, encore une fois, démontre la souplesse et l'ouverture de l'islam. Jusqu'à maintenant, nous avons utilisé l'expression « tribunal de la charia » comme s'il existait un modèle établi. Ce n'est pas le cas. Cette question n'a nullement été abordée au sein de la communauté musulmane, parce qu'il n'existe aucun diocèse central qui pourrait légiférer sur cet aspect. La plupart des mosquées sont totalement indépendantes les unes des autres et le seul point commun qui les rassemble, ce sont les croyances fondamentales[125].

---

[122] Soumission, Islamic Council of Imams—Canada, « Islamic Arbitration Tribunals and Ontario Justice System » (23 juillet 2004).
[123] Soumission, le Muslim Canadian Congress (26 août 2004).
[124] Soumission, Son altesse royale le Prince Aga Khan Shia Imami Ismaili pour le Canada (10 septembre 2004).
[125] Soumission, Mubin Shaikh, « Shariah Tribunals and Msjid El Noor : a Canadian Model » (24 août 2004).

Dans son mémoire, le Dr Marvin F. Zayed, qui est affilié à l'Association humaniste du Canada, explique comment les différences d'interprétation touchent l'application moderne des principes religieux de l'islam depuis les événements du 11 septembre 2001 :

> [Traduction] Les cultures islamiques sont fondées sur le Coran et le hadith (recueil des paroles de Mahomet) selon le texte arabe original. Or, tant le Coran que le hadith comportent de nombreuses contradictions internes. Dans le contexte des récents carnages, ces contradictions sont traduites par des décrets religieux incompatibles au sujet des kamikazes. Les premières kamikazes représentaient un problème pour les musulmans sunnites, parce que le hadith interdit de tuer des femmes au combat (bien qu'il soit tout à fait acceptable de les prendre comme esclaves). La mosquée d'Al-Azhar, située au Caire, et le Conseil islamique européen ont adopté un nouveau décret religieux légalisant les activités de ces femmes kamikazes[126].

J'ai constaté assez rapidement que bon nombre des mémoires présentés comportaient des différences majeures au plan de l'interprétation du concept de la charia et que ces interprétations avaient une véritable influence sur les réactions.

La charia est fondée sur le *Coran* et la *sunna*. Comme bon nombre des participants islamiques me l'ont expliqué, le mot *charia* signifie « la voie » ou, plus littéralement, « la voie menant à l'eau ». C'est le voyage de chaque personne qui cherche à accomplir la volonté d'Allah.

> [Traduction] La *charia*, qui est un mode de vie, englobe les codes généraux de comportement, les catégories morales d'actions humaines, les règles des rituels ainsi que l'ensemble des règles du droit civil, commercial, international et pénal. ... Les principes fondamentaux du *Coran* étaient considérés comme des principes éternels, tandis que le raisonnement et les prescriptions (*fiqh*) en découlant ne l'étaient pas, parce que le régime juridique est l'oeuvre de l'homme[127].

Dans la plupart des mémoires présentés au groupe d'étude, il est indiqué fermement que le mot charia ne devrait pas être utilisé pour décrire l'emploi proposé de la *Loi sur l'arbitrage* pour l'examen des questions relevant du droit de la famille dans le cas des musulmans. Le Conseil sur les relations américano-islamiques du Canada (CAIR-CAN) exprime clairement ce point de vue :

> [Traduction] La charia est un code religieux couvrant tous les aspects de la vie musulmane, depuis la prière aux accords financiers et aux relations familiales en passant par le traitement des pauvres. Il s'agit d'un mot général qui englobe les

---

[126] Soumission, Dr Marvin F. Zayed, « Critique of the Islamic Sharia' Arbitration Proposal in Canada » (mars 2004).
[127] V. A. Behiery, A.M. Guenther, Islam : Its Roots and Wings, Mississauga , Conseil canadien des femmes musulmanes, 2000 à la p. 14.

> aspects privés et publics de la vie et qui s'applique aussi bien à l'individu qu'à la collectivité.
>
> Il ne convient pas d'utiliser le mot « charia » pour décrire un tribunal d'arbitrage qui appliquera les principes du droit islamique pour trancher une catégorie très précise de litiges civils pouvant être soumis à l'arbitrage en vertu de la *Loi sur l'arbitrage* de l'Ontario. De plus, ce tribunal n'est pas un tribunal islamique au plein sens du terme, comme pourrait l'indiquer l'emploi du mot « charia », et sa compétence restreinte découle de la Loi. Il est préférable de parler d'un organe qui réglera les différends opposant les musulmans d'une manière compatible à la fois avec le droit et la *Charte* canadiens et les principes normatifs de l'islam[128].

L'Islamic Council of Imams—Canada s'exprime comme suit :

> [Traduction] Ces tribunaux ne devraient pas être autorisés à utiliser l'expression tribunal de la charia. Le tribunal demeure un tribunal RED dans le contexte du droit ontarien. La seule différence réside dans l'environnement, qui est islamique, c'est-à-dire que tous les membres sont des musulmans et que le litige est réglé dans l'esprit de l'islam selon les lois de l'Ontario[129].

Le CCFM craint que ceux qui sont perçus comme des personnes mettant en doute la charia ne soient accusés d'apostasie ou de blasphème. Cette crainte ne relève certainement pas de la fantaisie ou de la paranoïa, comme l'indiquent les déclarations d'Aly Hindy, qui se décrit comme un imam fondamentaliste et qui a confié ce qui suit à Sally Armstrong dans un récent article paru dans *Chatelaine* :

> [Traduction] Celui qui dit qu'il ne croit pas à la charia n'est pas un musulman. Il est facile d'aller en enfer. Il est plus ardu de suivre le chemin qui mène au paradis. Bon nombre de personnes qui se disent musulmans se dirigent vers l'enfer[130].

Compte tenu de ce genre de déclaration, il devient plus facile de comprendre pourquoi des groupes comme le CCFM refusent d'utiliser le mot « charia » en liaison avec l'arbitrage fondé sur les croyances musulmanes :

> [Traduction] En utilisant le mot charia, certains musulmans incitent d'autres musulmans à hésiter à exprimer la moindre opposition, parce qu'aucun musulman ne veut montrer qu'il est contre la charia. Cependant, l'utilisation correcte du terme « loi musulmane » élargit la portée de la discussion et permet d'explorer les questions qui se posent à l'intérieur[131].

---

[128] Soumission, Conseil canadien des relations américano-islamiques (CAIR—CAN) (10 août 2004).
[129] Soumission, Islamic Council of Imams—Canada, « Islamic Arbitration Tribunals and Ontario Justice System » (23 juillet 2004).
[130] Sally Armstrong, « Criminal Justice » Chatelaine 152 (novembre 2004) à la p. 158.
[131] Soumission, Conseil canadien des femmes musulmanes (23 juillet 2004).

La plupart des personnes interrogées, qu'elles soient pour ou contre le fait de permettre l'arbitrage des différends de nature personnelle en fonction des croyances religieuses, ont demandé au groupe d'étude d'utiliser l'expression « loi personnelle islamique/musulmane » afin de formuler la question correctement. Cependant, le Muslim Canadian Congress représente une exception remarquable à cet égard :

> [Traduction] En termes pratiques et réalistes, ce qui a débuté par une demande visant à appliquer la « loi de la charia » a été dissimulé de façon malhonnête sous le couvert d'une terminologie différente et demeure répréhensible et inacceptable...[132].

La plupart de ceux qui ont prié le groupe d'étude de recommander qu'il soit interdit d'utiliser des principes religieux pour trancher les litiges relevant du droit de la famille sont convaincus que le droit de la famille canadien et ontarien est entièrement laïque de par sa nature. La plupart, surtout ceux qui n'ont pas vécu les grands changements apportés au droit canadien au cours des quelque quarante dernières années, se souviennent peu de l'influence qu'ont exercée les principes religieux dans l'application et l'adoption des lois que nous avons maintenant tendance à qualifier de laïques au Canada.

Il est vrai qu'une bonne partie des efforts que nous avons déployés pour intégrer les principes d'équité dans nos lois ont été perçus comme une lutte visant à laïciser celles-ci. Cependant, aux yeux de nombreux individus qui viennent d'ailleurs, les lois occidentales semblent non pas laïques, mais manifestement « chrétiennes », puisqu'elles reposent sur des valeurs « chrétiennes » comme la monogamie ou comportent des restrictions concernant le divorce, en plus du choix des congés fériés et de la définition de la semaine de travail. Nous ne devrions pas nous étonner que des gens dont les lois personnelles étaient auparavant régies par les principes religieux auxquels ils adhéraient dans leur pays d'origine cherchent à appliquer ces lois personnelles dans leur nouvelle terre d'accueil. Au même moment, nous devrions nous attendre à ce que les personnes qui sont venues au Canada pour fuir les restrictions inhérentes à ces lois personnelles s'opposent farouchement à toute application possible de ces lois dans leurs vies au Canada.

Bon nombre de ceux qui ont présenté des mémoires au groupe d'étude se sont fondés sur les connaissances personnelles approfondies qu'ils avaient des lois religieuses en vigueur ailleurs, notamment dans les pays où la loi de la charia est très détaillée. La Campagne internationale contre la charia dans les tribunaux du Canada est une coalition de groupes et d'individus qu'a réunis Homa Arjomand par suite de l'annonce de la proposition relative à l'Institut islamique pour la justice civile afin de lutter au Canada et à l'échelle internationale pour empêcher l'application de loi de la charia. De nombreux membres actifs du groupe ont eux-mêmes fui des pays régis par la loi de la charia, notamment l'Iran et l'Afghanistan. D'autres ont lutté activement dans leur pays d'origine afin de faire reconnaître les droits de la personne et les droits à l'égalité des femmes et certains d'entre eux ont été emprisonnés et torturés après avoir manifesté

[132] Soumission, le Muslim Canadian Congress (26 août 2004).

leur opposition à la charia. La Campagne a soumis une pétition de plus de deux mille noms et dirigé un mouvement efficace de lobbying axé sur la rédaction de lettres de protestation à l'égard de l'application de la loi de la charia au Canada. Dans une lettre adressée au groupe d'étude, Homa Arjomand s'exprime comme suit :

> [Traduction] Nous désirons exprimer notre opposition à la récente proposition relative à la mise sur pied d'un « institut islamique pour la justice civile au Canada ». Cette mesure devrait être contestée par toute personne qui croit aux droits civils et individuels de la femme, à la liberté d'expression et à la liberté de religion et de croyance. Nous souhaitons également souligner que la simple suggestion visant la création d'un tribunal de la charia suscite des craintes chez les femmes qui viennent d'un pays islamique. Si cet Institut est reconnu, des milliers de femmes feront l'objet de mesures d'intimidation et de menaces ainsi que d'autres formes d'iniquité... Il est triste de penser que, même au Canada, nous devons encore parler de l'oppression religieuse dont les femmes sont victimes. Néanmoins, des millions de femmes souffrent et sont opprimées dans plusieurs parties du globe en raison de l'application de la loi de la charia. Certaines d'entre nous ont réussi à fuir dans un pays sûr, un pays comme le Canada qui ne punit pas le laïcisme. [133].

Trente-cinq membres de la Coalition ont soumis au groupe d'étude des présentations dans lesquelles ils ont relaté l'expérience qu'ils ont eux-mêmes vécue relativement à l'application de la loi de la charia en Iran, en Arabie saoudite, au Pakistan, au Koweït et en Iraq. Je salue le courage et la détermination dont ces personnes ont fait preuve lorsqu'elles ont partagé des expériences très pénibles illustrant la grande rigidité de la loi de la charia lorsqu'elle régit chaque aspect de la vie courante. Pour la plupart de ces personnes, la seule façon d'empêcher les lois religieuses de détruire la vie des gens est de refuser d'en permettre l'application à quelque fin que ce soit au Canada. Comme l'a souligné Homa Arjomand dans son mémoire,

> [Traduction] Nous avons besoin d'un État laïque et d'une société laïque qui respecte les droits de la personne et qui repose sur le principe selon lequel le pouvoir appartient aux personnes et non à un Dieu. Il est crucial de s'opposer à la loi de la charia et de subordonner l'Islam au laïcisme et aux États laïques. ... Il faut se rappeler que la charia n'est pas seulement une religion; elle est aussi intrinsèquement liée à l'État. Elle contrôle tous les aspects de la vie d'un individu, depuis des questions aussi personnelles que les menstruations de la femme jusqu'à des questions très publiques, comme celles qui concernent la direction de l'État. Elle prévoit tout et l'individu n'a d'autre choix que d'accepter la règle de la charia s'il veut éviter des conséquences extrêmes, car les non-croyants ne sont pas tolérés... Nous appuyons le laïcisme et croyons que la mise sur pied d'un « tribunal de la charia » au Canada créerait de la discrimination à l'endroit des personnes les plus vulnérables de la société,

[133] Soumission, Homa Arjomand (21 juillet 2004).

> c'est-à-dire les femmes et les enfants, qui ne pourraient invoquer les valeurs canadiennes de l'égalité et de l'équité entre les hommes et les femmes[134].

À l'instar de la Coalition et de plusieurs autres correspondants, l'Association humaniste du Canada s'insurge contre l'adoption d'une solution de rechange religieuse qui remplacerait les lois laïques régissant les questions liées à la famille et aux successions au Canada. Le groupe d'étude a également reçu de nombreuses lettres de Canadiens non affiliés qui demandaient que l'influence des lois religieuses soit atténuée plutôt que renforcée au moyen de la *Loi sur l'arbitrage*. Voici un exemple des préoccupations soulevées dans ces communications :

> [Traduction] Je vous supplie d'envisager sérieusement la possibilité d'abaisser le contrôle de ces organismes et tribunaux religieux et communautaires plutôt que d'augmenter le nombre de codes religieux dont l'application serait autorisée au sein du système judiciaire canadien. Une société dont les membres ne sont pas tous régis par les mêmes règles de droit sera davantage morcelée, ce qui ne fera qu'exacerber les différences perçues entre les races, les religions et les sexes. Afin d'assurer si possible l'égalité sur tous les plans à tous les Canadiens, je vous conjure de ne pas adopter la proposition visant à permettre l'application des lois religieuses aux questions d'ordre familial, mais plutôt de chercher des moyens d'en réduire l'influence et éventuellement d'abroger la Loi existante[135].

Il appert des mémoires que le groupe d'étude a reçus que la grande objection au recours à l'arbitrage fondé sur les principes religieux pour trancher les différends relevant du droit de la famille réside dans l'iniquité fondamentale qui existe entre les hommes et les femmes dans la plupart des contextes religieux et dans le déséquilibre des forces qui en découle lorsqu'un conflit éclate. Dans son mémoire, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes souligne ce qui suit :

> [Traduction] Il est préoccupant, mais pas nécessairement étonnant, de voir que le désir d'appliquer les principes religieux est né dans le contexte du droit de la famille, c'est-à-dire des litiges où le contrôle et le soutien des femmes et des enfants sont en jeu. Bon nombre des idées mises au rancart par suite de la réforme du droit de la famille étaient fondées sur des préceptes religieux; il est donc tout à fait contradictoire de permettre que ces idées resurgissent au nom de la liberté religieuse[136].

---

[134] Soumission, Homa Arjomand (21 juillet 2004).
[135] Soumission, Karen Graham (22 septembre 2004).
[136] Soumission, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) (17 septembre 2004).

Pour sa part, le Conseil canadien des femmes musulmanes souligne que l'élément commun des nombreuses formes que revêtent les lois musulmanes régissant la famille est le fait qu'elles perpétuent le modèle patriarcal :

> [Traduction] La jurisprudence du fiqh repose sur certains principes de base communs. Elle est fondée sur le modèle patriarcal de la communauté et de la famille. Il est généralement admis que ce sont les hommes qui dirigent l'État, la mosquée et la famille. Il incombe aux hommes de subvenir aux besoins de leurs familles et, étant donné qu'ils utilisent leurs ressources à cette fin, ils sont autorisés à diriger et à guider les membres de leurs familles, y compris les femmes... La plupart des adeptes de la loi musulmane admettent que les hommes ont le droit d'épouser jusqu'à quatre femmes, qu'ils peuvent divorcer unilatéralement, que les enfants appartiennent à la famille patriarcale, que les femmes doivent être obéissantes et demander l'autorisation de l'homme pour plusieurs choses, que l'époux peut corriger l'épouse qui « désobéit », que les filles doivent obtenir l'autorisation de leur père pour se marier et peuvent se marier à tout moment après la puberté. La femme ne reçoit aucune pension alimentaire, sauf pendant une période allant de trois mois à un an, et il est fréquemment admis que les enfants devraient être confiés au père habituellement dès l'âge de sept ans dans le cas des garçons et de neuf ans dans le cas des filles. Si l'épouse veut obtenir le divorce, elle doit se présenter au tribunal, tandis que l'époux a le droit de répudier son épouse sans s'adresser aux tribunaux. L'héritage favorise les hommes [parce qu'ils subviendraient aux besoins de leur famille], c'est-à-dire que l'épouse reçoit uniquement une partie de l'héritage au décès de son époux[137].

Le CCFM a décrit pour sa part les droits des femmes qui existent selon la loi personnelle islamique :

> [Traduction] Dans ce modèle patriarcal, les femmes ont des droits. La femme conserve ses richesses, si elle en a; elle reçoit un « don » lors du mariage (le *mahr*, qui pourrait être une bague de fer, une chèvre, de l'or, de l'argent ou un autre bien); elle hérite de son propre chef; en théorie, elle n'est pas tenue de subvenir aux besoins du ménage, même en partie, et elle conserve son propre nom. En échange, elle accepte le modèle patriarcal et les rôles prescrits pour elle-même et les membres de sa famille de sexe masculin, y compris son époux.
>
> Ceux qui acceptent ces interprétations traditionnelles font une distinction entre l'équité, la complémentarité et l'égalité. La femme n'est pas l'égale de l'homme; elle joue un rôle qui complète celui de l'homme, mais elle doit être traitée de manière équitable, c'est-à-dire avec bonté et gentillesse[138].

Homa Arjomand et sa Coalition formulent quant à elles des commentaires beaucoup plus tranchants au sujet du sexisme véhiculé par la loi islamique :

---

[137] Soumission, Conseil canadien des femmes musulmanes (23 juillet 2004).
[138] Soumission, Conseil canadien des femmes musulmanes (23 juillet 2004).

> [Traduction] La charia considère la femme *comme une source de danger*, parce qu'elle distrait l'homme de ses tâches et corrompt la communauté. Elle interdit donc toute sexualité aux femmes, tandis que l'homme peut avoir jusqu'à quatre épouses et se marier temporairement aussi souvent qu'il le désire. Les jeunes filles doivent se couvrir de la tête aux pieds et sont séparées des garçons. Ces lois et règlements sont maintenant appliqués au Canada, mais sont habituellement dissimulés à la société laïque, bien que certains soient visibles, notamment dans les écoles élémentaires et secondaires islamiques. Selon la loi de la charia, le témoignage d'une femme vaut seulement la moitié de celui de l'homme. Par conséquent, en cas de différend opposant l'époux et l'épouse, le témoignage de l'époux l'emportera le plus souvent. Dans les cas d'héritage, les filles reçoivent uniquement la moitié de la part des fils et, lorsque la garde est en jeu, l'homme obtient automatiquement la garde des enfants dès qu'ils ont atteint l'âge de sept ans. Les femmes ne sont pas autorisées à épouser des non musulmans, alors que les hommes peuvent épouser des femmes non musulmanes.
>
> Le message est clair : l'homme domine et la femme obéit. La femme n'a pas le droit de choisir son époux, ses vêtements ou son lieu de résidence et ne peut voyager sans le consentement de son époux. Le danger, c'est qu'une fois que ces tribunaux seront mis sur pied, les personnes d'origine musulmane subiront des pressions afin de s'adresser à eux et seront de ce fait privées de bon nombre des droits que les occidentaux ont réussi à obtenir[139].

Selon l'étude exhaustive menée par Femmes sous lois musulmanes, le mariage en droit musulman est fondé sur un contrat, habituellement négocié pour le compte d'une jeune femme par le père de celle-ci ou un autre homme, qui agit à titre de « tuteur du mariage ». Dans la plupart des traditions, la femme doit consentir au mariage; cependant, le sens du mot consentement ne correspond peut-être pas aux normes reconnaissables en droit canadien. Le groupe d'étude a entendu parler de bon nombre de cas où des femmes ont été liées à leur insu à un contrat de mariage et n'ont pu faire invalider le contrat par la suite. Dans bien des cas, l'attirance entre les deux parties a peu d'importance; ce qui importe surtout, c'est de savoir si l'union sera avantageuse pour la famille et le statut des deux époux. Dans certaines traditions, le mariage peut être interdit lorsque les deux parties n'ont pas le même statut social.

En général, les jeunes filles musulmanes sont réputées avoir atteint la maturité à l'âge de la puberté; certains pays islamiques plus modernes appliquent les règles de l'âge du consentement en ce qui concerne le consentement au mariage, mais d'autres ne le font pas. Bon nombre des personnes interrogées ont décrié la fréquence avec laquelle les jeunes filles sont promises en mariage à un très jeune âge, souvent à des hommes beaucoup plus âgés qu'elles. Dans ces cas, la femme elle-même n'a peut-être pas été directement partie au contrat de mariage et ne serait certainement pas considérée comme une personne capable de conclure ce contrat en vertu du droit canadien. Le

[139] Soumission, Homa Arjomand (21 juillet 2004).

contrat de mariage est souvent consigné par écrit, mais pas toujours. Certaines versions de la loi islamique exigent que l'époux et l'épouse signent le contrat devant témoin, mais cette règle n'est pas uniforme.

Si l'arbitrage est mentionné dans le contrat comme moyen de régler les différends ultérieurs et que le contrat en question peut valablement être soumis à l'arbitrage en vertu du droit de l'Ontario, la femme pourra être liée à une clause exigeant l'arbitrage religieux. Assez souvent, ces contrats de mariage ont été conclus dans le pays d'origine des parties, qui ont récemment immigré au Canada. De plus, il n'est pas rare qu'un musulman non marié du Canada aille se marier dans son pays d'origine et revienne ensuite au Canada avec son épouse.

Toutes les traditions prévoient une forme de *mahr* ou de don lors du mariage, mais les conditions de paiement de ce *mahr* varient considérablement d'une tradition à l'autre. Le *mahr* est une protection financière pour l'épouse et peut être exigé uniquement à la rupture du mariage. Dans certaines traditions, seul l'homme peut divorcer (*talaq*); dans d'autres, la femme peut négocier le droit d'engager les procédures de divorce dans le contrat de mariage ou avoir cette capacité en raison de l'absence de relations conjugales ou du fait que l'époux a déserté ou qu'il ne subvient pas aux besoins de l'épouse pendant le mariage[140].

Le groupe d'étude a entendu dire que, étant donné que l'arbitrage suppose le libre choix de cette méthode par les deux parties pour trancher leurs différends, la question du choix pour les femmes musulmanes qui vivent dans une société de nature patriarcale est un des principaux arguments qu'invoquent ceux qui s'opposent à l'application de principes religieux à l'arbitrage en matière familiale :

> [Traduction] Le FEAJ craint que, dans bien des cas, l'arbitrage ne soit pas choisi volontairement. Les femmes peuvent subir de très fortes pressions fondées sur la culture ou la religion ou encore craindre d'être exclues socialement. Ces problèmes peuvent être très réels dans les collectivités religieuses, où certaines femmes risquent d'être considérées comme des mauvaises croyantes ou même comme des apostates si elles refusent d'accepter l'arbitrage. Cette réprobation aurait pour effet d'isoler ces femmes, qui deviendraient ainsi des personnes dont on fuit la présence, que ce soit dans leurs collectivités ou même dans leurs lieux de culte, ce qui ne ferait qu'aggraver les sentiments d'aliénation engendrés par l'éclatement de la famille. De plus, bon nombre de femmes doivent se tourner vers leur communauté religieuse ou leur groupe culturel pour subvenir à leurs besoins après le divorce. C'est notamment le cas des immigrantes, qui se trouvent d'abord des emplois au sein de leurs propres collectivités. Ces femmes peuvent être particulièrement sensibles aux pressions exercées par la communauté et risquent de perdre leurs emplois si elles ne se soumettent pas à l'arbitrage. Certaines femmes redoutent également des conséquences au plan de l'immigration, tandis que d'autres craignent d'être victimes de violence. Dans certains cas, il peut s'agir d'un manque de ressources ou de renseignements.

[140] Soumission, Conseil canadien des femmes musulmanes (23 juillet 2004).

> Lorsque ces conditions sont présentes, il n'est ni exact ni raisonnable de dire que l'arbitrage est choisi librement. L'éducation ne suffit pas pour éliminer ces pressions, du moins à court terme, surtout lorsque les sources d'information des femmes résident principalement dans les médias locaux comme les journaux ou la radio, qui présentent rarement des critiques des points de vue patriarcaux[141].

De nombreux correspondants ont exprimé des préoccupations semblables :

> [Traduction] Les dirigeants religieux (chrétiens, juifs ou musulmans) et communautaires (dans le cas des Premières nations canadiennes) sont surtout des hommes et des traditionnalistes qui préconisent l'application stricte de lois et croyances désuètes allant parfois à l'encontre des libertés si chères aux Canadiens. La culture traditionnelle est dominée surtout par des hommes –et un consentement « volontaire » à l'arbitrage fondé sur les croyances religieuses est illusoire pour bon nombre de femmes, surtout les immigrantes et les femmes des Premières nations dont le niveau d'alphabétisme et de scolarité est moins élevé et qui sont donc moins en mesure de contrôler leurs propres vies et ont moins confiance en elles[142].

Gila Stoper s'exprime comme suit dans le Columbia Journal of Gender and the Law :

> [Traduction]... lorsqu'il y a incompatibilité entre les droits des femmes et leurs pratiques religieuses et culturelles, nous devrions nous attarder, non pas à la question du choix, mais plutôt à celle des désavantages et nous demander si la pratique en question crée des désavantages pour les femmes. Si la réponse à cette question est affirmative, la pratique en question ne devrait pas être autorisée, à moins qu'il ne soit établi par une preuve prépondérante que toutes les femmes en cause ont consenti à la pratique de leur plein gré[143].

L'Association nationale de la femme et du droit abonde dans le même sens :

> [Traduction] Dans le contexte des femmes battues et de la médiation, les remarques suivantes ont été formulées :
>
> > La réalité, c'est que la femme battue n'est pas libre de choisir. Elle ne peut pas vraiment choisir ou rejeter la médiation si l'agresseur préfère cette méthode, ni déterminer et exiger ce qui est essentiel à son autonomie ainsi qu'à sa sécurité et à celle de ses enfants...
>
> Ce commentaire est tout aussi pertinent pour les femmes battues qui consentent à l'arbitrage. Il est peu probable qu'une femme battue pourra négocier les conditions de l'entente d'arbitrage d'une façon avantageuse pour elle. Les

---

[141] Soumission, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) (17 septembre 2004).
[142] Soumission, Karen Graham (22 septembre 2004).
[143] Gila Stopler, « Countenancing the oppression of women : How liberals tolerate religious and cultural practices that discriminate against women » (2003) 12:1 Columbia Journal of Gender and Law 154 aux pp. 218-9.

> immigrantes qui proviennent de pays où la loi de la charia est appliquée sont particulièrement vulnérables, parce qu'elles ne sont peut-être pas conscientes de leurs droits au Canada. Il se peut qu'elles acceptent la décision d'un tribunal de la charia parce que les sentences arbitrales leur semblent égales ou supérieures à ce qu'elles pourraient obtenir dans leur pays d'origine. L'immigrante qui est parrainée par son époux vit dans une relation marquée par le déséquilibre des forces et la femme qui se trouve dans cette situation est peut-être incapable de refuser une demande ou un ordre de son époux, de sorte que le consentement à l'arbitrage est illusoire. Les barrières linguistiques nuiront également aux femmes qui sont à la merci des membres de leur famille ou de leur collectivité qui perpétuent des points de vue patriarcaux[144].

Le Muslim Canadian Congress affirme que le fait de permettre l'application de la loi musulmane

> [Traduction]...isole la communauté musulmane, qui s'étend par ailleurs sur cinq continents et compte un milliard 300 millions de membres ainsi qu'un large éventail de sectes, langues, cultures et coutumes, dans un milieu de classe inférieure pour la détermination de droits relatifs à la personne et à la famille qui ont une importance publique et appartiennent au domaine public... tout cela sous le couvert malhonnête de la tolérance et de l'accommodement religieux[145].

La majorité des personnes interrogées qui s'opposaient à l'utilisation de l'arbitrage fondé sur les principes religieux ont soutenu que les femmes vivant dans des collectivités musulmanes relativement fermées n'ont aucune façon de connaître la teneur du droit canadien et n'ont pas la moindre idée des conséquences pouvant découler de l'abandon du recours en justice au profit de l'application de la loi religieuse.

Il est devenu évident que bon nombre des personnes qui ont soumis des présentations ne comprenaient pas elles-mêmes l'influence qu'aurait le droit canadien sur les pratiques traditionnelles. Ainsi, l'Islamic Council of Imams s'est dit préoccupé par la possibilité que les femmes et les enfants soient laissés sans ressources, notamment lorsque l'homme a plusieurs épouses et plusieurs familles. Même si cette préoccupation est peut-être fondée, elle traduit une connaissance inadéquate des obligations alimentaires découlant de la *Loi sur le droit de la famille*. Dans la même veine, bon nombre de personnes interrogées ayant souvent vécu dans des pays où la charia englobe tant le droit civil que pénal semblaient mal comprendre la différence entre ces deux régimes au Canada. Cette confusion a donné lieu à des perceptions erronées au sujet de la capacité des arbitres d'imposer des sanctions comme la lapidation, la bastonnade ou l'humiliation publique lorsque l'infidélité conjugale est alléguée.

---

[144] Soumission, l'Association nationale de la femme et du droit, Conseil canadien des femmes musulmanes et Organisation nationale des femmes immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible du Canada, Natasha Bakht, « Family Arbitration Using Sharia Law : Examining Ontario's Arbitration Act and its impact on women » (13 septembre 2004) extrait cité de B. Hart, « Gentle Jeopardy : the Further Endangerment of Battered Women and Children in Custody Mediation » (1990) 7 Mediation Quarterly 317 à la p. 321.

[145] Soumission, le Muslim Canadian Congress (26 août 2004).

Toutefois, bon nombre de ces mêmes personnes ont ajouté que les tribunaux canadiens connaissent mal les éléments du contrat de mariage musulman, ce qui est également préoccupant, parce que les femmes qui s'adressent à eux ne pourront peut-être pas faire reconnaître leur droit au *mahr* et devront peut-être assumer des obligations alimentaires qu'elles n'auraient pas en vertu de la loi personnelle islamique.

La plupart de ceux qui s'opposent à l'arbitrage fondé sur les principes religieux ont affirmé que les femmes seraient défavorisées si la sentence arbitrale allait à l'encontre des dispositions de la *Loi sur l'arbitrage*, parce qu'elles ne seraient pas en mesure de porter leur problème devant les tribunaux, compte tenu du déséquilibre des forces décrit ci-dessus. À leur avis, il est donc inutile de tenter de corriger la *Loi sur l'arbitrage* en ajoutant d'autres motifs de contrôle judiciaire, puisque les personnes vulnérables n'auraient pas les ressources voulues pour engager les procédures judiciaires nécessaires afin de faire annuler la sentence arbitrale et seraient soumises à des pressions encore plus fortes si elles tentaient de faire infirmer une décision par la Cour.

Homa Arjomand donne les explications suivantes :

> [Traduction] Même si, en théorie, toutes les musulmanes ont accès aux lois et tribunaux canadiens et qu'il y a fort à parier que ceux-ci rejetteraient les décisions opprimantes rendues en vertu de la loi de la charia parce qu'elles vont à l'encontre des règles de droit canadiennes, il n'en demeure pas moins que la plupart des femmes seraient contraintes (aux plans social, économique et psychologique) de participer à l'arbitrage devant un tribunal de la charia. Les femmes se font dire que ce tribunal est un tribunal légal en vertu de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*. À leurs yeux, la décision de ce tribunal est donc légale. Même si elles savent que cette décision ne résisterait pas à l'application des règles de droit canadiennes, elles ne la contesteraient pas, par crainte des représailles physiques, psychologiques, économiques et sociales. Il est donc peu probable que les décisions allant à l'encontre du droit canadien seraient portées à l'attention des cours de justice[146].

Cet argument m'a d'abord semblé déroutant, puisque ceux qui soutenaient que les femmes étaient incapables d'engager des procédures judiciaires affirmaient également que tous les litiges relevant du droit de la famille devraient d'abord être soumis à un tribunal. Comme je l'ai déjà mentionné dans le rapport, dans presque tous les domaines du droit canadien, la partie concernée doit elle-même solliciter une réparation disponible en droit et être disposée à participer à la démarche. La loi peut offrir des outils efficaces, mais cette partie doit être prête à les utiliser pour en tirer profit.

Toutefois, j'ai compris avec le temps que l'argument est le suivant : si les femmes ne sont pas tenues de choisir entre différentes méthodes de règlement des différends, mais qu'elles doivent plutôt passer par les tribunaux, ni elles, ni leurs époux ne pourront être blâmés, parce que la loi les oblige à procéder de cette façon. De plus, selon plusieurs personnes interrogées, les tribunaux offriront aux femmes une certaine

[146] Soumission, Homa Arjomand (21 juillet 2004).

protection, même si elles ne sont pas en mesure de plaider efficacement pour elles-mêmes. Ce vent d'espoir contraste également avec les plaintes formulées par les représentants des femmes vulnérables, dont l'expérience vécue devant les tribunaux de l'Ontario ne traduit pas cette image protectrice. En raison de l'interaction de nombreux désavantages, l'expérience des femmes appartenant à une minorité peut être particulièrement éprouvante. Malgré tout, de nombreuses personnes interrogées affirment que les femmes connaîtront un meilleur sort si elles s'adressent aux tribunaux plutôt que de se soumettre à l'arbitrage privé.

De l'avis de la majorité de ceux qui s'opposent à l'arbitrage fondé sur les principes religieux, notamment la loi personnelle islamique, la création de ces tribunaux n'est qu'un premier pas. Selon eux, les personnes qui souhaitent l'arbitrage des questions relevant du droit de la famille désirent en réalité l'établissement au Canada d'un système judiciaire islamique complet auquel tous les musulmans devraient se soumettre. Voici comment s'exprime le Muslim Canadian Congress :

> [Traduction] La ghettoïsation et la marginalisation insidieuses et discriminatoires profitent uniquement
>
> i. aux dirigeants politiques et extrémistes d'un certain groupe de musulmans canadiens qui prônent l'adoption d'une loi musulmane allant à l'encontre de la Constitution et des valeurs canadiennes;
> ii. aux secteurs réactionnaires, intolérants et par ailleurs racistes de la société canadienne non musulmane qui veulent tout simplement exclure les musulmans de la communauté générale [147].

Homa Arjomand convient que la question de l'identité politique est au coeur de la création de l'Institut islamique pour la justice civile à titre de tribunal d'arbitrage :

> [Traduction] Nous sommes convaincus qu'un tribunal de la charia bannira les libertés civiles de la femme. Il appliquera des règles et traditions brutales à l'endroit des femmes exploitées qui vivent sous l'influence intense de l'Islam. Il appliquera la loi de la charia qui force les femmes maltraitées à rester dans une relation abusive et ne leur donnera d'autre choix que d'obéir ou de se suicider... Il ne doit pas y avoir d'État au sein d'un État. Les adeptes de la création de ce tribunal soutiennent que, comme M. Momtaz Ali l'a expliqué dans sa proposition, il leur incombe en tant que bons musulmans de travailler pour leur État. Ils font également valoir qu'il ne devrait pas y avoir de séparation entre la religion et la loi[148].

Le Conseil canadien des femmes musulmanes pose la question suivante :

> [Traduction] Étant donné que les adeptes de la proposition clament haut et fort que Dieu veut qu'ils appliquent la loi de la charia ou la loi musulmane, pourquoi

[147] Soumission, le Muslim Canadian Congress (26 août 2004).
[148] Soumission, Homa Arjomand (21 juillet 2004).

> insistent-ils uniquement sur un aspect de la jurisprudence musulmane? Pourquoi veulent-ils faire appliquer uniquement les règles régissant le droit de la famille et non l'ensemble des lois musulmanes, y compris les lois pénales? À moins qu'il ne s'agisse de la deuxième étape de leurs demandes fondées sur les droits religieux?[149].

Ces craintes sont fondées dans les faits, du moins en partie. Dès 1991, dans un texte intitulé « Oh! Canada – Whose land, whose dream? », Syed Mumtaz Ali, qui commentait les questions de la souveraineté-association envisagée par le Québec, disait souhaiter que les musulmans contrôlent leur loi relative à leurs affaires personnelles :

> [Traduction] Le Canada ne s'effondrera pas et la situation au pays ne sera pas chaotique si les musulmans sont autorisés à contrôler leurs propres affaires dans le domaine des droits personnels et des questions d'ordre familial. Les Canadiens devraient envisager cette question non pas comme s'ils perdaient le contrôle, mais plutôt comme s'ils élargissaient le mandat de la souveraineté et rehaussaient de ce fait la qualité de cette souveraineté. En tout état de cause, l'établissement de ce système de droit n'est ni impossible ni illusoire[150].

Effectivement, dans la plus récente mise à jour de son site web, Mumtaz Ali décrit la mise sur pied de son organisation, *Darul Qada*, comme [Traduction] « l'amorce de la création d'un système de justice civile musulman au Canada ». Même s'il a semblé reconnaître, au cours des consultations, que l'utilisation de la *Loi sur l'arbitrage* pour un certain nombre de questions liées aux droits personnels est bien différente de la création d'un « système » de justice, il continue à utiliser des propos de la sorte, exacerbant de ce fait la crainte que l'application du droit de la famille musulman dans les litiges soumis à l'arbitrage ne soit qu'un point de départ dans la quête de la souveraineté des musulmans au Canada. Je m'attarderai davantage aux questions d'identité politique à la section 6 du rapport du groupe d'étude.

Thème : L'arbitrage devrait être autorisé en droit de la famille au moyen des principes religieux

Un certain nombre de groupes confessionnels soumettent déjà leurs différends relevant du droit de la famille à l'arbitrage fondé sur les principes religieux. Il convient ici de décrire les services offerts par quelques-uns d'entre eux afin de donner un meilleur aperçu de la situation actuelle.

L'utilisation de l'arbitrage fondé sur les lois religieuses est très répandue en Ontario chez les adeptes de la croyance juive. En Ontario, le tribunal juif de Toronto est appelé Beis Din (Vaad Harabonim) et est composé de rabbins ordonnés qui ont reçu le titre supérieur de juges rabbiniques. Le tribunal exerce ses activités depuis plusieurs

---

[149] Soumission, Conseil canadien des femmes musulmanes (23 juillet 2004).

[150] Syed Mumtaz Ali, « Oh! Canada—Whose land, whose dream? » (The Canadian Society of Muslims, 1991), en ligne : <www.muslim-canada.org/pfl.htm>.

années. Selon les renseignements que le groupe d'étude a reçus de représentants du Beis Din, il est interdit aux Juifs orthodoxes d'engager des poursuites judiciaires devant des juges laïques. Les parties aux litiges sont fortement incitées à conclure un règlement à l'amiable et ce n'est que lorsqu'aucun règlement n'est possible que l'arbitrage sera utilisé. L'exécution des sentences arbitrales est assurée par l'entremise de la cour de justice, conformément à la *Loi sur l'arbitrage*. Comme je l'ai mentionné plus haut, dans la grande majorité des affaires relevant du droit de la famille, les Juifs des traditions orthodoxes, conservatrices et libérales s'adressent au Beis Din uniquement pour les questions concernant le *guèt*, le divorce religieux étant nécessaire selon les exigences de la loi juive.

Toutefois, dans environ trente cas par année, le Beis Din peut également être appelé à examiner d'autres questions, comme les questions liées aux aliments, au partage des biens, à la garde et à l'accès, d'après l'exposé oral présenté par le rabbin Reuven Tradburks, secrétaire du Beis Din. En pareil cas, une entente d'arbitrage écrite doit alors être signée, même si les parties ont convenu dans leur contrat de mariage de recourir à l'arbitrage pour régler leurs différends. Le plus souvent, mais pas toujours, les parties ont obtenu un avis juridique indépendant. Cependant, même si elles ont un représentant juridique, celui-ci ne peut plaider l'affaire devant le Beis Din, parce qu'il incombe aux parties elles-mêmes de présenter leur cause. Le Beis Din fait appel au besoin à des membres bénévoles de la collectivité qui ont des connaissances spécialisées sur le droit de la famille de l'Ontario pour obtenir des avis juridiques. Il accepte également les dépositions écrites d'experts lorsqu'il le juge nécessaire. Le système fonctionne de façon que le coût de l'arbitrage demeure le plus bas possible, afin que les couples juifs ne soient pas dissuadés de recourir à cette forme de règlement des différends. Les décisions relatives à la garde sont prises en fonction de l'intérêt des enfants et les questions financières sont tranchées de manière compatible avec les principes de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario.

Les Juifs orthodoxes sont fortement encouragés à soumettre leurs différends au Beis Din. Voici comment s'est exprimé le rabbin Reuven Tradburks : [Traduction] « Dans cette ville (Toronto), nous incitons fortement les gens à soumettre leurs différends à l'arbitrage selon la loi juive, parce que le recours au *Beis Din* est un *mitzvah*, un commandement de Dieu, une obligation »[151].

Le rabbin Tradburks a souligné au cours de son exposé oral que, même si la collectivité exerce rarement des pressions auprès des personnes qui refusent de se conformer aux décisions rendues par le Beis Din, notamment en fuyant leur compagnie ou en les pointant du doigt, il lui arrive parfois d'annoncer publiquement la conduite de ces personnes.

---

[151] Lynne Cohen, « Inside the Beth Din », Canadian Lawyer, (mai 2000) à la p. 30 cité par soumission de l'Association nationale de la femme et du droit, Conseil canadien des femmes musulmanes et Organisation nationale des femmes immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible du Canada, Natasha Bakht, « Family Arbitration Using Sharia Law : Examining Ontario's Arbitration Act and its impact on women » (13 septembre 2004).

Certaines organisations chrétiennes ont également recours à la médiation et à l'arbitrage. Le groupe d'étude a reçu un mémoire très sérieux de la Christian Legal Fellowship (alliance des chrétiens en droit), organisation nationale comptant environ quatre cents avocats, étudiants en droit, professeurs et autres professionnels qui, notamment, [Traduction] « explorent les relations complexes entre la pratique et la théorie du droit et la foi chrétienne »[152]. Un des grands objectifs du groupe est de promouvoir le règlement extrajudiciaire des différends :

> [Traduction] Il existe d'importantes raisons pour lesquelles les groupes confessionnels souhaitent régler les différends selon les principes de leur foi plutôt que de passer par le système laïque d'avocats et de tribunaux. Bon nombre de ces groupes estiment que leurs valeurs profondes, y compris l'inviolabilité de la famille nucléaire, sont menacées par le fait de demander à des personnes qui ne font pas partie de leur groupe et qui ne connaissent pas leurs croyances de trancher leurs différends. Afin d'éviter l'érosion de ces valeurs, nombreux sont ceux qui souhaitent régler leurs différends conformément aux enseignements de leur livres et lois sacrés, avec l'aide d'un médiateur ou d'un arbitre faisant partie de leur groupe confessionnel. Il peut s'agir là non seulement de la préférence des parties, mais souvent d'une exigence de leurs enseignements religieux[153].

Un représentant de l'Armée du salut a fait état du problème qui se pose lorsque des difficultés conjugales surgissent entre des membres de l'Armée qui se sont engagés de suivre un mode de vie en devenant membres à part entière et qui demandent parfois d'être libérés de ces engagements par suite de l'échec de leur mariage. Même si de grands efforts sont déployés pour régler ces différends par la médiation, il est parfois nécessaire de recourir à l'arbitrage lorsque les parties ne parviennent pas à s'entendre. Dans la même veine, des représentants de groupes évangéliques ont donné à entendre que l'arbitrage peut être un moyen utile de régler les différends en cas de rupture du nombre croissant de « mariages sous convention » à l'intérieur de ces groupes confessionnels.

Certains représentants de services de médiation et d'arbitrage actuellement offerts au sein de la collectivité musulmane ont décrit leurs services au groupe d'étude et affirmé que le règlement pacifique des différends est un objectif majeur chez les adeptes de la foi musulmane. Cet objectif est exposé très succinctement dans le mémoire du Conseil national ismaili d'arbitrage et de conciliation pour le Canada, qui s'exprime comme suit dans le préambule des règles d'arbitrage régissant l'organisme :

> [Traduction] ... les divergences d'opinion ou différends qui éclatent entre eux devraient être réglés au moyen de la médiation, de la conciliation et de l'arbitrage entre eux, conformément aux concepts islamiques de l'unité, de la fraternité, de la justice, de la tolérance et de la bonne volonté[154].

---

[152] Soumission, Christian Legal Fellowship (27 août 2004).
[153] Soumission, Christian Legal Fellowship (27 août 2004).
[154] Soumission, Son altesse royale le Prince Aga Khan Shia Imami Ismaili pour le Canada (10 septembre 2004).

Les musulmans ismailis chiites (ismailis) ont conçu un modèle de conciliation et d'arbitrage qui constitue la structure la plus sophistiquée et la plus organisée de la communauté musulmane jusqu'à maintenant et je consacrerai beaucoup de temps à la description de ses origines et de ses activités, parce que d'autres personnes interrogées l'ont dépeint à maintes reprises comme un exemple de ce qui peut être accompli au moyen de la médiation et de l'arbitrage fondés sur les principes religieux.

Contrairement aux musulmans sunnites, qui soutiennent qu'il revient à chacun d'interpréter la volonté d'Allah, les chiites reconnaissent l'autorité des imams héréditaires :

> [Traduction] L'essence du chiisme repose sur le désir de rechercher la véritable signification de la révélation afin de comprendre le sens de l'existence humaine et sa destinée. Cette vérité spirituelle ne peut jamais être bridée par les limites du temps, de l'espace ou la lettre de sa forme. On la comprend par les directives de l'imam du temps, qui est l'héritier de l'autorité du Prophète et l'administrateur de son legs. Une fonction principale de l'imam est de permettre aux croyants d'aller au-delà de l'apparent ou des formes de la révélation lors de la recherche de sa spiritualité et de son intellect. ... Ainsi le chia obéit aux imams, après Dieu et le Prophète, en vertu de l'ordonnance du Coran à tout musulman d'obéir à ceux qui revêtent l'autorité[155].

Les ismailis reconnaissent l'autorité et la succession héréditaire de Son altesse royale le prince Karim Aga Khan, le 49e imam, qui est directement issu de la descendance du Prophète Mahomet par sa fille Fatima et son gendre Ali et dirige les ismailis établis dans vingt-cinq pays en développement et pays industrialisés.

> [Traduction] Ainsi, sous la férule d'Aga Khan IV, les institutions de l'imamat ont connu un grand essor géographique et ont élargi l'éventail de leurs activités. De nombreuses institutions humanitaires, sociales, culturelles et économiques ont vu le jour afin de relever les défis liés à l'évolution globale et à la complexité actuelle des processus de développement, qui nécessitent une approche polyvalente. En conséquence, dans le cadre de la mission dont elles sont investies, ces institutions unissent leurs efforts au sein du réseau général de l'AKDN [Aga Khan Development Network] afin de s'entraider dans la poursuite de leurs objets respectifs. Le réseau, qui est une initiative autonome créée sous l'égide de l'imamat ismaili, trouve appui principalement auprès de la communauté ismailie et sa tradition de philanthropie, de bénévolat et d'autosuffisance ainsi que des ressources matérielles de l'imam héréditaire et de l'imamat[156].
>
> Traditionnellement, l'imam héréditaire – chef spirituel – du temps prescrit une constitution régissant la vie sociale de la communauté et ses relations avec

[155] Soumission, Son altesse royale le Prince Aga Khan Shia Imami Ismaili pour le Canada (10 septembre 2004).
[156] Soumission, Son altesse royale le Prince Aga Khan Shia Imami Ismaili pour le Canada (10 septembre 2004).

> d'autres collectivités. La constitution est révisée régulièrement en fonction de l'évolution des besoins et des circonstances. ... La constitution prescrite en 1986 établissait un cadre institutionnel bien défini régissant différents aspects de la vie de la communauté ismailie comme la santé, l'éducation, l'économie et le bien-être social, ainsi que les aspects religieux de la vie quotidienne. Ce cadre institutionnel comprend un mécanisme de règlement des différends. ... La constitution prévoyait l'établissement de conseils nationaux de conciliation et d'arbitrage pour chacune des juridictions qui y étaient précisées[157].

Les conseils de conciliation et d'arbitrage ismailis (CCA) exercent leurs activités dans quatorze juridictions à l'échelle de la planète. Au Canada, il existe cinq CCA régionaux et un CCA national. Les premiers tranchent les litiges, tandis que le second élabore des politiques et programmes. Il existe des règles formelles au sujet de la conciliation et de l'arbitrage qui ont été adoptées en 1990; le texte complet de ces règles se trouve respectivement à l'annexe IV et à l'annexe V.

Tous les membres des CCA sont des bénévoles que l'Aga Khan nomme pour un mandat de trois ans; il peut s'agir d'avocats, de travailleurs sociaux, de gens d'affaires, d'autres professionnels qualifiés ou de membres plus âgés de la collectivité. Le nombre d'hommes et de femmes est équilibré, puisque 16 des 34 membres sont actuellement des femmes.

> [Traduction] Le principal objectif du système CCA ismaili est de régler les différends de manière équitable, rapide, confidentielle, peu coûteuse et constructive dans un environnement sensible à la culture en tenant dûment compte des intérêts de toutes les parties. Le système vise à préserver l'harmonie entre les parties et, de ce fait, au sein de la communauté (« aucun gagnant ou perdant ») de même qu'à minimiser les frustrations et les dommages psychologiques ainsi que les coûts financiers du conflit pour toutes les parties.
>
> Eu égard à ces objectifs, le système CCA est guidé par les principes suivants au Canada :
>
> [Traduction]
> - Avant de procéder à la médiation ou à l'arbitrage d'un différend, les CCA doivent d'abord s'assurer que les parties se sont présentées de plein gré devant eux et qu'elles désirent que leur conflit soit réglé par leur entremise;
> - Les procédures de médiation et d'arbitrage sont dirigées par des membres des CCA qui ont reçu la formation voulue pour assurer un traitement compétent et équitable de l'affaire;
> - Les procédures sont dirigées conformément aux règles visant à favoriser un déroulement harmonieux;

[157] Soumission, Son altesse royale le Prince Aga Khan Shia Imami Ismaili pour le Canada (10 septembre 2004).

- L'obligation de confidentialité envers les parties doit être respectée dans tous les cas[158].

Un nombre égal de femmes et d'hommes ont eu accès au mécanisme des CCA. Les services sont gratuits, mais les parties doivent payer les frais inhérents à la préparation de leur cause et à l'obtention d'avis juridiques ou financiers. Les CCA engendrent des économies en temps et en argent non seulement pour les participants eux-mêmes, tel qu'il est mentionné dans le mémoire, mais également pour l'appareil judiciaire.

Dans son mémoire, le Conseil a présenté un résumé (figurant ci-dessous) du nombre de litiges et du taux de succès de la procédure pour la période allant de 1998 à 2003[159]. Il importe de souligner, en ce qui concerne les « taux de succès », que les parties peuvent se retirer du processus d'arbitrage en tout temps dans ce modèle.

Nombre de litiges soumis à l'arbitrage	**769**
- Nombre de cas régionaux	661
- Nombre de cas interrégionaux et internationaux	108
Nature des litiges	
- Matrimoniaux	63 %
- Commerciaux	29 %
- Autres (y compris les cas d'héritage)	8 %
Taux de succès	**69 %**

Le Conseil conclut comme suit dans son mémoire :

> [Traduction] Bien que le régime des CCA ismailis soit enraciné dans la tradition, son infrastructure moderne assure une liaison harmonieuse avec les systèmes juridiques nationaux au sein desquels il fonctionne. Le système des CCA repose sur les préceptes de la foi tout en respectant les lois des différents territoires où vit la communauté ismailie. De plus, en raison du contexte communautaire qui lui est propre, le CCA ne se limite pas à régler les différends, mais cherche également à les prévenir et à fournir un plus grand appui aux parties en cause.
>
> Le système des CCA ismailis en vigueur au Canada s'est révélé utile pour la communauté ismailie et efficace comme mécanisme RED. Il fonctionne d'une façon qui assure d'abord et avant tout l'équité entre les parties, indépendamment de leur sexe, de leurs ressources financières ou de leurs positions relatives. Il respecte les paramètres de la *Loi sur l'arbitrage* de l'Ontario, qui reconnaît la valeur et le rôle des systèmes RED et encourage le règlement des différends en

[158] Soumission, Son altesse royale le Prince Aga Khan Shia Imami Ismaili pour le Canada (10 septembre 2004)
[159] Soumission, Son altesse royale le Prince Aga Khan Shia Imami Ismaili pour le Canada (10 septembre 2004)

> dehors du système judiciaire d'une façon juste et équitable à l'intérieur des limites de la loi du territoire[160].

La mosquée El Noor, mosquée sunnite de Toronto, offre également des services d'arbitrage fondés sur la loi musulmane. Dirigée par son administrateur et médiateur principal, Mubin Shiakh, la délégation de la mosquée a dénoncé au groupe d'étude le point de vue négatif présenté par des groupes comme la Coalition contre le tribunal de la charia au Canada et le Conseil canadien des femmes musulmanes au sujet de la loi familiale musulmane. Formellement depuis 1982, la mosquée El Noor offre un éventail varié des services de consultation, de médiation et d'arbitrage à sa communauté, ce qu'elle faisait informellement auparavant. Ces activités sont menées à la manière de services de pastorale. Souvent appelée par les tribunaux de la famille à faire de la médiation et parfois de l'arbitrage, l'organisation a gagné le respect et la confiance de la cour par sa capacité de régler les différends dans le contexte musulman, selon certaines lettres données au groupe d'étude.

Le conseil de médiation de la mosquée El Noor compte sept membres, soit un imam, trois hommes et trois femmes. Chaque comité d'audience se compose d'un homme, d'une femme et de l'imam. La plupart des médiateurs sont des professionnels qui donnent leur temps dans le cadre des services bénévoles qu'ils fournissent à la communauté. Les audiences ont lieu le dimanche, entre 11 h et 17 h. La plupart des audiences durent environ une heure et la procédure est confidentielle. Le recours à la médiation et à l'arbitrage est strictement volontaire et chaque partie doit signer l'entente d'arbitrage. Un procès-verbal de l'audience est tenu. Au cours de l'audience, tous les clients sont informés de l'accessibilité des cours de justice et les parties reçoivent la brochure intitulée « Family Law in Ontario »; la mosquée El Noor a fourni des Traductions de cette brochure en gujurati et en urdu aux personnes qui ont besoin d'obtenir des services dans d'autres langues[161].

Selon la délégation de la mosquée El Noor, les préoccupations de ceux qui s'opposent à l'arbitrage fondé sur les principes religieux relèvent de la démagogie et de la pure invention :

> [Tradcution] L'organisation de la mosquée El Noor a été saisie de plusieurs litiges et aucun des risques mentionnés ne s'est réalisé. En fait, aucune décision n'a été portée en appel devant la Cour de l'Ontario même si, en principe, nous donnons cette option dès le départ aux parties au litige[162].

Ces deux exemples démontrent que le droit de la famille musulman a été et est appliqué aujourd'hui avec succès pour trancher les différends qui opposent tant des chiites que des sunnites. Le groupe d'étude a entendu dire de plusieurs groupes que des services semblables sont disponibles par l'entremise d'autres mosquées et centres communautaires islamiques situés un peu partout en Ontario; ces services peuvent être

---

[160] Soumission, Son altesse royale le Prince Aga Khan Shia Imami Ismaili pour le Canada (10 septembre 2004).
[161] Soumission, la mosquée El Noor (24 août 2004).
[162] Soumission, Mubin Shaikh, « Shariah Tribunals and Masjid El Noor: A Canadian Model » (24 août 2004).

plus ou moins structurés et être axés sur la médiation ou la conciliation plutôt que sur l'arbitrage avec sentence obligatoire. Les personnes interrogées ont déploré à cet égard le manque d'uniformité de la structure et des politiques des organisations concernées, de sorte qu'il est difficile pour ceux qui sollicitent de l'aide de savoir exactement quel est le statut juridique des mécanismes de règlement auxquels ils ont accès. Le groupe d'étude a certes entendu parler de cas où des imams et autres dirigeants de la communauté, qui ne connaissent pas le droit de la famille canadien et qui n'ont peut-être qu'une formation sommaire en droit musulman, tranchent les différends opposant des musulmans qui se croient tenus de se conformer aux décisions, parce qu'elles émanent de leur groupe confessionnel et qu'ils veulent obéir aux enseignements de leur foi.

Dans bien des cas, les décisions sont fondées sur des traditions culturelles et peuvent aller directement à l'encontre du droit ontarien et canadien. Le groupe d'étude a appris que certaines jeunes filles étaient forcées, bien avant d'avoir atteint l'âge du consentement, de se marier et de porter des enfants alors qu'elles n'étaient qu'adolescentes. Il semble également que certains imams et dirigeants continuent à célébrer des mariages polygames, même si la polygamie est interdite en vertu du *Code criminel* du Canada. Aly Hindy, imam de la mosquée d'Alaheddin, aurait formulé les propos suivants :

> [Traduction] Le Coran prévoit que l'homme peut avoir quatre épouses. Le droit canadien ne le permet pas – Dieu le permet, alors je les épouse moi-même... Si votre épouse n'aime pas les relations sexuelles, vous pouvez aussi prendre une autre femme. Si elle ne peut vous donner des enfants, vous pouvez prendre une autre femme. Si l'homme a des moyens financiers et rencontre une femme non mariée, il peut aussi l'épouser[163].

C'est dans ce contexte que la Canadian Society of Muslims, représentée par Syed Mumtaz Ali, milite depuis plusieurs années en faveur de l'institutionnalisation des services de médiation et d'arbitrage musulmans. En 1994, le groupe a soumis une présentation à l'Ontario Civil Justice Review Task Force et a alors recommandé que les changements suivants soient apportés au droit ontarien :

> [Traduction]
> 1. Il y a lieu de modifier les instructions relatives à la pratique au sujet du projet pilote RED de nature judiciaire afin de permettre comme option l'arbitrage privé des différends en matière matrimoniale. Lorsque les deux parties sont musulmanes, elles pourraient être autorisées à conclure une entente d'arbitrage afin que les questions qui les opposent soient tranchées conformément aux principes du droit islamique.
> 2. Les questions touchant les successions ab intestat des musulmans pourraient être réglées de la même façon. Des changements devront être apportés à la loi, au besoin.

---

[163] Sally Armstrong, « Criminal Justice » Chatelaine 152 (novembre 2004) à la p. 158.

3. Dans le cas des requêtes en divorce non contestées, les fonctionnaires désignés en vertu de la *Loi sur le mariage* de l'Ontario devraient être habilités à prononcer et à enregistrer les divorces des musulmans conformément à des procédures semblables à celles de la *Loi sur le mariage*.
4. Dans le cas des requêtes en divorce non contestées, les deux époux musulmans devraient être autorisés à renoncer au délai d'attente d'un an suivant la séparation ou à abréger le délai relatif à la finalisation des procédures de divorce.
5. Comme solution de rechange à l'arbitrage privé dans le cadre d'un régime RED lié aux tribunaux judiciaires , lorsque les deux parties au divorce sont des musulmans, un mécanisme d'arbitrage privé et indépendant dirigé par des musulmans locaux pourrait être mis en place selon des paramètres semblables à ceux qui sont suivis dans la Muslim Marriage and Divorce Act de Trinidad et Tobago.
6. Comme solution supplémentaire de rechange , il y a lieu d'intégrer l'ensemble des lois musulmanes en matière personnelle/familiale au régime du droit de la famille et de la justice civile de l'Ontario, afin d'assurer le contrôle de l'ensemble de l'administration et de l'application des règles musulmanes régissant le droit de la famille.
7. Il y a lieu d'étendre le système unifié des tribunaux de la famille à l'ensemble de la province de l'Ontario[164].

Cette idéal a donné lieu, à l'automne 2003, à la tenue d'une conférence en vue de mettre sur pied l'Institut islamique pour la justice civile. Un comité composé de trente membres élus a été formé et a obtenu le mandat de constituer l'Institut en personne morale et d'élaborer les règlements devant en régir le fonctionnement. Les lettres patentes portant le numéro 1579565 ont été accordées le 15 janvier 2004. L'élection des dirigeants (3), des membres du conseil exécutif (6) et du conseil général (30) a eu lieu en février 2004. Le nom « Darul Qada – Muslim Court of Arbitration » a été enregistré sous le régime de la *Loi sur les noms commerciaux* et la création de l'Institut a été annoncée en mars 2004. L'Institut a été constitué à titre d'entreprise et recherche des clients désirant obtenir des services de médiation et d'arbitrage sous sa direction. Selon Mumtaz Ali, [Traduction] « l'arbitrage ne peut mettre en œuvre ces dispositions de la loi musulmane/charia, qui ne sont pas conformes aux lois canadiennes ou au système de valeurs canadiennes ». Cependant, après avoir insisté sur la supériorité de la loi musulmane, il précise ce qui suit dans le même document :

> [Traduction] Le Coran nous informe du fondement de chaque action. Tous les actes, écrits ou mouvements des musulmans doivent être conformes aux préceptes de la loi musulmane/charia. Un musulman ne peut être musulman s'il ne respecte pas intégralement la loi musulmane[165].

---

[164] Syed Mumtaz Ali, « Islamic Institute of Civil Justice and Muslim Court of Arbitration » (la Muslim Society of Canada, 2003).
[165] Syed Mumtaz Ali, « News Bulletin » (la Muslim Society of Canada, août 2004) aux pp. 2 et 6.

Un groupe qui était affilié à l'origine à l'Institut islamique pour la justice civile s'est séparé de cette organisation juste avant que celle-ci soit constituée comme entreprise. D'après le mémoire que ce groupe a présenté au groupe d'étude,

> [Traduction] Notre groupe a d'abord cherché à s'organiser à titre d'institut islamique pour la justice civile. Cependant, certains amis qui étaient avec nous ont semé la confusion en utilisant des termes comme tribunal de la charia, mesures politiques, etc. Cette confusion a suscité de vives réactions et des craintes non fondées. Nous nous sommes dissociés et avons enregistré notre organisation sous le nom de Dar-ul-Qada (Canada) Inc., organisation à but non lucratif ... qui cherche à offrir des services humanitaires à la communauté musulmane de l'Ontario. ... comme nous l'avons exposé, nos objectifs comprennent la mise sur pied de services pour les hommes, femmes et enfants laissés sans ressources par suite de conflits familiaux, la création de centres psychologiques et de centres de médiation et la poursuite des activités connexes pour répondre aux besoins de la collectivité. L'organisation veut également offrir un mécanisme de règlement extrajudiciaire des différends dans le cadre duquel des professionnels musulmans formés pourront agir comme médiateurs et arbitres dans le respect des traditions familiales dans les litiges de nature civile et familiale opposant les citoyens musulmans qui résident au Canada, dans la mesure où la législation canadienne le permet.
>
> ...l'application erronée de la loi de la charia a entraîné de nombreuses violations des droits de la personne un peu partout dans le monde. Nous souhaitons vous aviser qu'en plus de respecter la législation du Canada et les droits de la personne qui y sont reconnus, l'organisation veut appliquer les principes du droit islamique qui comprennent la justice sociale, l'égalité des êtres humains, y compris l'égalité des sexes ainsi que la sécurité de la vie, de la liberté et de la propriété. Le mandat social de l'organisation comprend l'adoption de mesures visant à éliminer l'oppression culturelle dont les femmes et les enfants sont victimes ainsi que les autres types d'injustice sociale. L'organisation est fermement résolue à s'attaquer aux problèmes d'ordre culturel qui ont mené à des injustices sociales et à l'application erronée de la charia dans le passé[166].

Tous ceux qui préconisent le maintien de l'arbitrage fondé sur les principes religieux ont souligné dans leur mémoire l'importance que les personnes appartenant à différents groupes confessionnels attachent à la possibilité de vivre selon leurs croyances, même si leurs choix touchent leur bien-être matériel. Il convient de reproduire ici deux ou trois extraits fort éloquents :

> [Traduction] En choisissant d'utiliser un système d'arbitrage fondé sur les principes religieux, les parties font deux choses : elles respectent leur foi et elles tranchent le litige en fonction de leur loi religieuse plutôt que du droit civil laïque. Tant que ce choix est fait d'une façon libre, éclairée et volontaire et qu'il n'y a pas de contravention à la *Charte des droits et libertés*, les parties devraient être

[166] Soumission, B. Husain Bhyat pour Dar-Ul=Qada (27 août 2004).

> autorisées à le faire et ce droit devrait leur être reconnu parce qu'il fait partie de la liberté de religion.
>
> En termes simples, un tribunal laïque fonde ses décisions sur l'ensemble des lois applicables de l'État, tandis que le tribunal religieux accorde une importance primordiale aux préceptes de la foi pour en arriver à sa décision. Les personnes qui décident consciemment et volontairement de participer au mécanisme confessionnel savent qu'en agissant de la sorte, elles risquent de perdre des droits qui existent dans le régime laïque. Ainsi, lorsque les chrétiens choisissent de soumettre leur différend à un arbitre chrétien, ils indiquent qu'il est plus important pour eux que le litige soit tranché conformément à la Bible que d'obtenir un résultat qui leur est favorable[167].
>
> ...il est facile de comprendre que le musulman qui choisit de s'adresser à un tribunal d'arbitrage musulman plutôt qu'à un tribunal canadien laïque le fait parce qu'il doit apporter une dimension spirituelle au différend et faire en sorte que cette dimension spirituelle joue un rôle prépondérant. Par conséquent, les musulmans décident de s'adresser à un tribunal musulman non pas parce qu'ils obtiendront vraisemblablement une décision plus favorable ou des avantages importants de ce tribunal... ils agissent de la sorte afin d'être de bons musulmans[168].

D'autres fondent leurs arguments sur le droit à la liberté de religion qui est reconnu dans la *Charte*. Bien que cette position ne soit pas celle du groupe d'étude, elle est exprimée très clairement dans le mémoire de B'nai Brith Canada :

> [Traduction] Selon B'nai Brith Canada, en vertu de la Constitution canadienne (*Loi constitutionnelle de 1982*), les Juifs et, d'ailleurs, tous les groupes confessionnels ou religieux ont le droit de s'adresser à leurs propres tribunaux d'arbitrage pour trancher les questions relevant notamment du droit de la famille, pourvu que les participants exercent ce choix volontairement et agissent de manière équitable. Plus précisément, l'article 27 de la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit que « toute interprétation de la présente Charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine culturel des Canadiens » [*non souligné à l'original*]. Cette disposition indique que la société canadienne est une société pluraliste et ouverte qui doit accommoder différentes pratiques religieuses. ...B'nai Brith appuie l'intégrité de la liberté de choix de toute personne qui, pour des raisons religieuses, désire se soumettre à la compétence de ces tribunaux religieux et respecter de ce fait ses traditions religieuses, pourvu que cette démarche soit faite de manière consensuelle ou volontaire. Tous les résidents canadiens ont droit à un traitement égal, indépendamment de leurs convictions religieuses, comme le prévoit l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*[169].

---

[167] Soumission, Christian Legal Fellowship (27 août 2004).
[168] Syed Mumtaz Ali, « News Bulletin » (Canadian Society of Muslims, août 2004) à la 6.
[169] Soumission, B'nai Brith, « Review of the Arbitration Process in Ontario » (31 août 2004).

Dans son mémoire, le représentant de la mosquée El Noor formule un certain nombre d'arguments qui n'ont pas été articulés dans ceux des autres personnes interrogées, mais qui ont été mentionnés par plusieurs intervenants au cours des consultations orales :

> [Traduction] Nous préconisons cette solution d'abord et avant tout parce qu'il s'agit d'un tribunal islamique qui est présidé par des dirigeants communautaires ayant reçu une formation, ce qui lui confère la crédibilité dont il a besoin dans la communauté musulmane et la légitimité nécessaire. Son importance est manifeste lorsqu'une décision favorable à la femme est rendue contre un homme qui ignore les droits reconnus aux femmes selon l'islam. En raison de l'autorité du tribunal, les parties qui comparaissent devant lui ne pourront l'accuser d'ignorer leurs valeurs islamiques, lequel reproche est souvent formulé à l'endroit des tribunaux laïques. Au moyen de ce mécanisme, la communauté exercera des pressions auprès de la partie fautive pour qu'elle respecte la norme et l'encouragera à mettre fin à sa conduite blâmable. Enfin, ce mécanisme assure l'administration de la justice en veillant à ce que la personne soit comptable envers son Dieu, ce qui est un facteur très important militant à l'encontre de la désobéissance. ...Ces arguments ont une importance considérable en ce qui a trait à la compatibilité de l'islam avec la démocratie. Loin d'être un signal pour les despotes de la planète qui exploitent l'islam, cette solution représente une manifestation palpable visant à décrier cette conduite et une preuve concrète du fait que l'islam est suffisamment souple pour fonctionner à l'intérieur des mécanismes occidentaux actuels. Il s'agit d'un aspect très important à prendre en compte, parce qu'il indique à l'État comment agir avec sa population musulmane : le conflit des civilisations ou l'harmonie. ... Elle permet à la communauté musulmane de résoudre ses problèmes de l'intérieur plutôt que de se faire imposer une solution par des agents externes non autorisés [*Remarque : les mots « non autorisés » renvoient ici aux tribunaux laïques du point de vue religieux*][170].

Fait intéressant à souligner, ce problème de l'applicabilité des décisions a également été soulevé à l'égard de l'arbitrage des questions relevant du droit de la famille en fonction de principes non religieux. Ceux qui favorisent le recours à l'arbitrage semblent généralement admettre que les parties récalcitrantes sont mieux disposées à se conformer à une décision qui ne leur est pas favorable lorsqu'elles ont participé à la démarche que lorsque la décision leur est imposée de l'extérieur.

Dans son mémoire, Fathercraft Canada a souligné que la médiation et l'arbitrage fondés sur les principes religieux sont foncièrement plus équitables que la justice traditionnelle :

> [Traduction] La charia prévoit un mécanisme de règlement des différends fondé sur les croyances. Il est utile d'examiner l'histoire des croyances, de la spiritualité

[170] Soumission, Mubin Shaikh, « Shariah Tribunals and Masjid El Noor: A Canadian Model » (24 août 2004).

et de la religion pour régler les conflits. Bien que certains opportunistes et extrémistes se soient servis de la religion pour provoquer des conflits et justifier la violence, d'autres hommes éclairés par les enseignements de la foi l'invoquent depuis longtemps à bon escient pour régler leurs différends. Il serait permis de dire que la loi juive, le christianisme, la charia, les cercles de guérison des autochtones et les religions en général sont des mécanismes de règlement des différends qui sont essentiellement pacifiques ou axés sur la réduction de la violence. Le système judiciaire accusatoire est fondé sur le concept selon lequel chaque partie désigne un représentant chargé de gagner une bataille pour elle, de sorte qu'il est foncièrement violent à sa base. Nous sommes d'avis que les mécanismes d'arbitrage et de médiation fondés sur les croyances religieuses sont supérieurs au système judiciaire accusatoire, pour les raisons suivantes :

- les deux parties qui ont recours à l'arbitrage conviennent mutuellement du choix de l'arbitre dont elles respecteront les décisions, alors que, dans le système judiciaire, elles ne peuvent choisir le juge et une partie est habituellement entraînée contre sa volonté dans un litige (les juges et avocats oeuvrant en droit de la famille sont les intervenants les moins respectés et les plus détestés du système judiciaire);
- l'arbitre déploie davantage d'efforts pour trouver une solution globale et permanente (faute de quoi les parties devront retourner devant l'arbitre, dont la renommée sera ternie), alors que les juges ne tiennent pas compte de l'efficacité des solutions et transfèrent la responsabilité aux cours d'appel ou à d'autres juges;
- au cours de l'arbitrage, la procédure est ouverte et équitable et les décisions sont expliquées aux parties alors que, devant le tribunal de la famille, les mères et les pères se plaignent du coût, de la longueur et de la complexité des procédures ainsi que de l'utilisation de fausses accusations pour inciter la Cour à rendre des décisions incompréhensibles ou incomplètes;
- les croyances de l'arbitre sont claires et ses décisions sont normalement fondées sur des motifs altruistes, tandis que celles des juges reposent parfois sur des motifs politiques, arrivistes ou stéréotypés;
- les médiateurs peuvent invoquer des valeurs, croyances et principes communs, tandis que les juges ne peuvent généralement pas le faire.

De nombreux musulmans qui ont répondu au groupe d'étude ont déploré les tensions qui règnent dans leur communauté depuis les attaques terroristes du 11 septembre 2001 et les incidents subséquents découlant des mesures de sécurité que le gouvernement canadien a prises. Certains craignent plus que jamais que leur collectivité soit victime de discrimination dans le système judiciaire. Bon nombre d'entre eux sont très conscients des critiques soulevées dans le rapport de Cole/Gittens sur le racisme systémique dans le système de justice pénale[171] et ont souligné que des problèmes de discrimination semblables ont été vécus dans le système de justice civile, notamment devant les tribunaux de la famille. En raison de cette crainte de

[171] Ontario, Rapport de la Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 1995 (David Cole et Maragret Gittens).

discrimination dans la société générale, l'arbitrage privé en vertu de la loi musulmane semble plus attrayant et plus sûr, surtout chez les plus jeunes qui cherchent à établir leur identité comme minorité au sein d'une grande collectivité qui leur semble hostile. Dans son mémoire, Moulana Habeeb, directeur de United Muslims, formule quelques-uns des arguments que les musulmans font valoir en réponse à ceux qui évoquent les dangers inhérents à l'arbitrage fondé sur les principes religieux :

> [Traduction] La crainte que les femmes soient traitées de façon inégale relève davantage de la phobie que d'une position réfléchie. Le mot égal signifie-t-il identique? L'existence de salles de toilette séparées indique-t-elle qu'il y a inégalité? Pourrions-nous réclamer l'abolition de la loi et de l'ordre lorsque les femmes continuent d'être violentées et que des excuses sont faites à des personnes innocentes qui ont purgé des peines dans des sociétés non islamiques? Nous devrions devenir des passerelles ouvrant la voie à des solutions, comme cela se fait dans les sociétés occidentales, plutôt que de n'ajouter que des paroles à la crise. Bien que le Coran se prête à une multitude d'interprétations, personne ne peut répudier les principes universels qu'il commande en matière de droit civil. Le Coran dicte la conduite suivante aux maris en cas de divorce : [Traduction] « Alors, c'est soit la reprise conformément à la bienséance ou la libération avec gentillesse et il ne vous est pas permis de prendre quoi que ce soit de ce que vous leur avez donné... ». Quelle que soit l'école de pensée d'une personne, les procédures d'arbitrage doivent lui permettre d'en choisir un adepte . Ce n'est que dans ces cas que la justice serait bien servie. Dans la même veine, les femmes doivent pouvoir faire partie du conseil d'arbitrage, suivant le préceptes du juriste classique Abu Hanifa qui a légalisé la présence de juges qui sont des femmes. Est-ce que nous nous opposons à ceux qui optent pour les aliments et vêtements, les écoles et les services de télécommunications produits par les musulmans au motif que leur conduite serait anticanadienne? Si la réponse à cette question est négative, il convient de reconnaître que la décision de soumettre les différends d'ordre personnel à des dirigeants qui sont mutuellement respectés dans la famille, le plus souvent aux imams, est simplement une suite de ces tendances acceptables. Ceux qui n'ont pas recours à des systèmes monétaires sans intérêts ne sont nullement réprimandés ou isolés. Le maintien du recours à un conseil d'arbitrage chargé d'appliquer la loi personnelle musulmane s'inscrit dans la même tendance[172].

Un autre argument invoqué réside dans le fait qu'il est difficile de respecter les obligations sociales ou familiales selon le droit de la famille de l'Ontario, puisque ce régime s'applique généralement uniquement à deux conjoints adultes et aux enfants nés de cette union. Dans de nombreuses communautés, les familles élargies sont la norme et non l'exception, et les autres membres de la famille ou du foyer peuvent être touchés par les droits de propriété que notre loi définit de façon plus restrictive. La Christian Legal Fellowship a donné l'exemple suivant :

---

[172] Soumission, Moulana Habeeb (United Muslims) (2 septembre 2004) aux pp. 1 et 2.

> [Traduction] Supposons qu'un couple marié ait acheté une maison et enregistré le titre de propriété uniquement au nom de l'époux pour des raisons liées à la responsabilité. Le couple a continué à habiter la maison avec les parents de l'épouse, qui ont payé une partie des frais d'épicerie et quelques factures. Chacun payait une partie du prêt hypothécaire, des taxes et des principales dépenses en proportion de ses revenus. Le couple s'est ensuite séparé.
>
> Selon le droit de l'Ontario [la *Loi sur le droit de la famille*], la maison serait considérée comme un bien matrimonial et l'époux ne pourrait la vendre sans le consentement de l'épouse. Les intérêts éventuels des parents de l'épouse seraient laissés de côté. La valeur de la maison serait ensuite répartie également entre l'époux et l'épouse, à l'exclusion des parents.
>
> Si l'affaire était soumise à l'arbitrage ou à la médiation dans un environnement chrétien, les intérêts des parents seraient normalement pris en compte, tant aux plans moral que juridique. L'époux et l'épouse devraient se demander où les parents habiteraient si la maison était vendue, comment ces frais de logement seraient payés et quels sont les droits et obligations juridiques de chacun afin d'assurer un partage équitable de leurs biens[173].

Dans la même veine, certaines femmes qui prônent l'arbitrage en vertu de la loi musulmane ont souligné qu'en vertu de la *Loi sur le droit de la famille*, elles seraient tenues de subvenir aux besoins de leur époux et de leurs enfants si elles étaient le gagne-pain de la famille. Selon la loi musulmane, lorsque la femme participe à l'économie de la vie familiale, elle le fait de son plein gré et c'est une bénédiction pour elle et non une obligation. Effectivement, certaines femmes ont soutenu qu'elles seraient plus avantagées au plan financier en vertu de la loi musulmane qu'en vertu de la loi de l'Ontario et croyaient que le recours à l'arbitrage musulman leur permettrait de conserver cet avantage.

Tous les arguments mentionnés plus haut qui ont été invoqués au soutien de la médiation et de l'arbitrage des différends relevant du droit de la famille ont été réitérés en ce qui concerne les RED fondés les principes religieux. Plus précisément, la plupart des organisations religieuses ont fait valoir le coût moins élevé associé à cette forme de recours, puisque la plupart des adeptes offrent des services, soit gratuitement, soit à un coût très modique. La plupart des organisations religieuses assument le coût des services en faisant appel à des médiateurs ou arbitres bénévoles ou en menant des campagnes de financement à cette fin. Le plus souvent, les frais exigés sont minimes et visent uniquement à couvrir les coûts essentiels de la procédure elle-même. La rapidité de la démarche est également considérée comme un avantage important, surtout dans la collectivité musulmane, où le délai qui doit s'écouler entre la décision de divorcer et le remariage est nettement inférieur à celui que prévoit la loi canadienne et beaucoup plus court que celui qui est nécessaire pour obtenir un divorce par l'entremise de l'appareil judiciaire dans bien des cas.

---

[173] Soumission, Christian Legal Fellowship (27 août 2004).

La plupart des groupes religieux ont affirmé qu'ils devaient tous être traités également en ce qui a trait à leur droit d'offrir l'arbitrage fondé sur les principes religieux et à toutes nouvelles restrictions que le groupe d'étude pourrait proposer. Cependant, certains avaient des réserves au sujet d'autres groupes, même s'ils défendaient cette position pour leur propre compte. Voici ce que souligne la Christian Legal Fellowship :

> [Traduction] Il est beaucoup plus difficile de contrebalancer les droits opposés de liberté religieuse et de traitement égal en vertu de la loi lorsqu'une communauté religieuse ne croit pas que tous les membres de la collectivité doivent recevoir un traitement égal (par exemple, lorsque les femmes ont moins de valeur aux yeux de cette religion)[174].

La majorité des personnes qui ont écrit en leur propre nom au groupe d'étude ont souligné qu'elles s'opposaient uniquement au fait de permettre l'application de la loi familiale musulmane. Certains de ces mémoires comportaient des allégations nettement racistes. Cependant, d'autres personnes ont souligné à quel point il était difficile de permettre une forme d'arbitrage fondé sur les principes religieux et non d'autres formes. Comme Philip Epstein l'a mentionné :

> [Traduction] Je suis très préoccupé par la perspective de l'application de la loi de la charia en Ontario, mais je reconnais aussi que les tribunaux juifs appliquent la loi juive aujourd'hui et que, de toute évidence, aucune distinction ne doit être faite entre différents groupes raciaux ou culturels[175].

Presque toutes les personnes interrogées qui sont en faveur de la médiation et de l'arbitrage fondés sur les principes religieux ont préconisé des mesures de protection supplémentaires pour l'arbitrage des questions relevant du droit de la famille afin d'empêcher les types de discrimination et d'iniquité que redoutent le plus ceux et celles qui s'opposent à cette pratique.

---

[174] Soumission, Christian Legal Fellowship (27 août 2004).
[175] Soumission, Christian Legal Fellowship (27 août 2004).

Section 5 : Considérations d'ordre constitutionnel

Au cours des conversations que j'ai eues avec des gens des quatre coins de l'Ontario, et à la lecture des lettres que j'ai reçues personnellement ou dans le cadre de l'étude, j'ai été impressionnée et touchée par le fait qu'un grand nombre de personnes se fiaient à leur compréhension de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la « *Charte*») et au rôle que celle-ci remplit lorsqu'il s'agit de protéger les droits des Canadiens[176]. Les participants à l'étude, autant ceux qui ont une formation juridique formelle que les autres, et indépendamment de leur opinion quant au recours à l'arbitrage en vue de régler des affaires juridiques personnelles, acceptaient clairement les valeurs exprimées dans la *Charte* et estimaient que celle-ci étayait leur point de vue sur les questions en jeu. À part quelques exceptions notables, peu de monde reconnaissait que l'applicabilité de la *Charte* comportait des limites et que, sauf dans les cas ou celle-ci s'applique, aucune de ces dispositions ne pouvait être mise à contribution. Il peut donc être utile de rappeler les situations dans lesquelles la *Charte* s'applique. J'examinerai ensuite quelques-uns des arguments avancés par les participants à l'égard du paragraphe 15(1), de l'alinéa 2*a*) et des articles 27 et 28 de la *Charte*. Enfin, je traiterai des incidences stratégiques de l'applicabilité de la *Charte* et des dispositions susmentionnées.

Application de la *Charte*

Pour pouvoir déterminer si une ligne de conduite a violé un droit ou une liberté protégé par la *Charte*, il faut au préalable répondre par l'affirmative à la question suivante : la *Charte* s'applique-t-elle?

Le paragraphe 32(1) de la *Charte* se lit comme suit :

> **32.** (1) La présente charte s'applique :
> a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;
> b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.[177]

Ainsi, le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux sont liés par la *Charte*. Le Parlement et les législatures [Traduction] « ont perdu le pouvoir d'édicter des lois qui sont incompatibles avec la *Charte des droits*. »[178] De même, tout ce qui constitue une action gouvernementale, y compris l'adoption des lois et des règlements, est assujetti à la *Charte*. Les actes posés en vertu de la common law sont donc également visés[179].

---

[176] *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.
[177] *Charte canadienne des droits et libertés)*, art. 32, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.
[178] Peter W. Hogg, Constitutional Law of Canada, Toronto, Thomson Carswell, 2003 aux pp. 752 -3.
[179] *RWDSU* c. *Dolphin Delivery*, [1986] 2 R.C.S. 530, à la p. 573; *Dagenais c. CBC*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Hill c. Church of Scientology*, [1995] 2 R.C.S. 1130.

On a par ailleurs interprété le fait qu'aucun gouvernement ne peut autoriser des actes contraires à la *Charte* comme signifiant que celle-ci liait tout décideur qui appliquait la loi, étant donné qu'il devait nécessairement y avoir une loi qui autorisait ce dernier à agir. Ainsi, les actes que l'État pose en vertu d'une loi ou de la common law ou par l'intermédiaire de tiers sont assujettis à la *Charte*.

La Cour suprême du Canada a adopté un critère permettant de déterminer si un gouvernement exerce un degré de contrôle suffisamment élevé sur un organisme public pour que les actions de celui-ci soient assimilées à une action gouvernementale. Selon ce critère, il doit exister à la fois un lien institutionnel et un lien structurel entre l'organisme public et le gouvernement pour que la *Charte* puisse s'appliquer. Lorsque l'organisme public fournit un service à l'égard duquel le gouvernement n'exerce aucun contrôle, le lien requis est absent, de sorte que la *Charte* ne s'appliquera pas[180].

Un tel lien existe lorsque le gouvernement délègue un pouvoir à un acteur ou un organisme non gouvernemental. La *Charte* s'appliquera à ce délégué lorsque le gouvernement exerce un contrôle sur lui. Par exemple, dans l'affaire *Slaight Communications c. Davidson*, la Cour suprême a déterminé que la décision d'un arbitre était assujettie à la *Charte*, étant donné que l'arbitre avait été nommé par le ministre du Travail[181]. Un autre facteur essentiel pour que la *Charte* puisse s'appliquer est que l'organisme exerçant le pouvoir délégué par le gouvernement doit mettre en œuvre des politiques gouvernementales déterminées[182].

Inversement, les institutions telles que les hôpitaux, les universités ou les personnes morales, qui sont créées et habilitées par une loi, sont malgré tout réputées ne pas être sous le contrôle du gouvernement lorsque les décisions qui orientent leurs activités quotidiennes ne sont pas prises par le gouvernement. Par conséquent, bien qu'il s'agisse d'institutions publiques – dans le cas des hôpitaux et des universités – ou simplement d'institutions régies par une loi – dans le cas des personnes morales –, ces entités ne sont pas liées par la *Charte*[183]. D'autre part, comme je l'ai mentionné ci-dessus, si l'organisme met en œuvre une politique gouvernementale déterminée, ses actions peuvent faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*[184].

Les omissions d'un gouvernement peuvent également être assujetties à la *Charte*. La Cour suprême s'est prononcée sur ce point. Dans l'affaire *Vriend c. Alberta*, Delwin Vriend, un homosexuel vivant en Alberta qui travaillait comme enseignant, avait été congédié en raison de son orientation sexuelle. Il avait déposé une plainte devant la Commission des droits de la personne de l'Alberta, mais on l'avait informé que l'orientation sexuelle ne figurait pas parmi les motifs pour lesquels une plainte pouvait

---

[180] *McKinney c. University of Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483.

[181] *Slaight Communications c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1077; Joseph Eliot Magnet, Constitutional Law of Canada: Cases, notes and materials, vol. 2, 8e éd., Edmonton , Juriliber, 2001, à la p. 20.

[182] *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624.

[183] *McKinney c. University of Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Lavigne c. OPSEU*, [1991] 2 R.C.S. 211.

[184] *Eldgridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624.

être déposée aux termes du code des droits de la personne de cette province et qu'il n'avait donc aucun recours contre son employeur aux termes de cette loi. La Cour suprême a déclaré qu'une telle omission, dans le contexte d'une action gouvernementale, pouvait être considérée comme un choix délibéré d'exclure ce motif et que ce choix correspondait à une action. La *Charte* s'appliquait donc à la situation créée par cette omission dans la loi; à titre de mesure corrective, la Cour a ordonné que les mots « orientation sexuelle » soient tenus pour inclus dans les motifs de distinction interdits par l'art.15[185].

L'article 32 de la *Charte* prévoit à la fois l'étendue et les limites de l'application de la *Charte*. Celle-ci ne régit pas les relations entre particuliers. Au cours de l'étude, on a avancé l'argument selon lequel la *Charte* devait s'appliquer dès lors que le gouvernement réglementait une question, c'est-à-dire que l'adoption de mesures législatives constituait en soi une participation gouvernementale suffisante pour donner automatiquement un caractère public aux actions exercées en vertu des lois. Il est certain que le gouvernement prend des mesures législatives qui régissent beaucoup d'actes que les particuliers posent à titre privé dans le cadre de leurs relations avec des parties non-gouvernementales telles que les personnes ou les sociétés. Les mesures législatives prises par le gouvernement doivent au premier abord respecter la *Charte*; toutefois, celle-ci ne s'appliquera pas à l'action accomplie en vertu de la loi à moins qu'elle ne constitue une action gouvernementale.

Selon certains intervenants le gouvernement accomplit une action publique lorsqu'un tribunal met à exécution une sentence arbitrale rendue par un arbitre nommé par les parties. Cet argument introduirait un élément d'ambiguïté en ce qui a trait à l'application de la *Charte* aux arbitrages effectués en Ontario. Les tribunaux ne se sont pas prononcés sur cette question, et il est difficile de savoir si un tribunal conclurait à l'existence du lien requis entre le gouvernement et un arbitre nommé par les parties. En outre, bien qu'il soit concevable qu'un tribunal statue que l'arbitre désigné par les parties pour régler un différend entre elles a ainsi mis en œuvre une action gouvernementale, aucun tribunal n'a à ce jour tiré une telle conclusion.

Certains participants ont également affirmé que le paragraphe 15(1) de la *Charte* s'appliquait à l'arbitrage des différends familiaux et successoraux en raison de l'objet de l'arbitrage. Le paragraphe 15(1) se lit comme suit :

> **15.** (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. [186]

---

[185] *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

[186] *Charte canadienne des droits et libertés)*, art. 2(a), partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

D'autres commentateurs ont laissé entendre que l'alinéa 2*a*) de la *Charte*, qui protège la liberté de religion, s'appliquait à l'arbitrage des différends familiaux et successoraux en vertu des principes religieux. D'après certains participants, cet alinéa sert à garantir le droit de procéder à un arbitrage selon les principes religieux que les parties au différend auront choisis. Inversement, d'autres participants entrevoyaient une limitation possible quant à la liberté de religion des particuliers cherchant à recourir à l'arbitrage dans les cas où la loi religieuse particulière sur laquelle l'arbitre se fonde comprend des restrictions que les parties jugent inacceptables.

Plusieurs participants s'appuyaient sur l'article 27 pour soutenir que l'obligation non seulement de permettre mais encore d'« améliorer » la capacité des collectivités multiculturelles exige qu'on permette aux collectivités de recourir à leur propre forme de loi personnelle en vue de régler des différends. Certains autres estimaient que l'article 28 prévoyait la nécessité absolue de protéger les droits à l'égalité des femmes lorsqu'il s'agissait de trancher des différends familiaux et successoraux.

Comme nous l'avons déjà indiqué, la *Charte* s'applique à un nombre restreint de catégories d'actions. Premièrement, il y a les actions gouvernementales découlant des lois. Deuxièmement, il y a les actions gouvernementales exercées en vertu de la common law. Troisièmement, il y a les actions gouvernementales accomplies par l'intermédiaire de tiers auquel le gouvernement accorde les moyens d'agir. Quatrièmement, il y a les omissions gouvernementales commises dans le cadre des actions gouvernementales.

Accepter d'être lié par la décision d'un arbitre tombe dans la catégorie des actions exercées à titre privé et elle n'est de ce fait pas, à mon avis, assujettie à un examen fondé sur la *Charte*. Cette action est exercée à titre privé parce qu'elle est le reflet de la relation entre les parties et parce que le pouvoir de l'arbitre découle directement de l'accord des parties d'être liées par la décision. Ce n'est donc pas le gouvernement qui octroie des pouvoirs aux arbitres en application de la *Loi sur l'arbitrage*.

Si l'arbitrage est une action exercée à titre privé, c'est également parce que l'État n'oblige pas les parties à y avoir recours. Ce n'est pas parce que la *Loi sur l'arbitrage* existe que les gens sont obligés d'avoir recours à l'arbitrage. D'après ce que j'ai entendu au cours de l'étude, en ce qui concerne l'arbitrage des différends familiaux et successoraux, beaucoup de gens entretiennent la fausse idée que l'existence de l'IIJC, ou de tout autre tribunal d'arbitrage dont les sentences sont fondées sur la religion islamique, oblige automatiquement tous les musulmans de l'Ontario d'avoir recours à ses services. Il est possible que cette interprétation erronée découle de la façon dont l'IIJC a présenté la fourniture de ces services. Toutefois, les musulmans de l'Ontario ont toujours, comme tous les autres Ontariens, le droit de choisir entre le système de

---

Comme je l'ai déjà indiqué, la Cour suprême a, dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*[186] rendu en 1988, jugé que l'orientation sexuelle devait être tenue pour incluse dans les motifs visés à l'art. 15 en tant que motif analogue. Selon cet article, les lois que les gouvernements édictent doivent s'appliquer également à tous les citoyens, indépendamment de la race, de l'origine nationale ou ethnique, de la couleur, de la religion, du sexe, de l'âge, des déficiences mentales ou physiques ou de l'orientation sexuelle.

justice traditionnel et tout autre mode de résolution des différends. Les gens peuvent décider de ne pas avoir recours aux services d'un arbitre qui applique les principes juridiques islamiques, puisque la loi ne les y oblige pas. L'arbitre doit ses pouvoirs uniquement au fait que les parties ont consenti à les lui accorder, et il n'exerce donc pas des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi[187]. En outre, l'existence des lois n'implique pas l'exercice d'une action gouvernementale suffisante pour justifier l'application de la *Charte*.

La question est de déterminer où se situe la démarcation entre le caractère « public » et « privé » des actions. Je reconnais que le discours sur la distinction entre « public » et « privé » revêt une importance particulière pour les juristes féministes. Cependant, lorsque les gens établissent des liens juridiques entre eux de leur propre chef, en tant que particuliers ayant la capacité juridique de le faire, il semble que cela donne lieu à une relation juridique privée. Bien que le gouvernement remplisse un rôle en veillant à ce que la loi qui s'applique à la rupture de cette relation privée ne perpétue pas les rôles et les stéréotypes sexuels, lorsque les participants choisissent de ne pas suivre cette loi et qu'ils décident plutôt de trouver un arrangement entre eux, le gouvernement n'est pas tenu d'intervenir. Il en résulte selon moi que les arbitrages en matière de droit de la famille et de succession ne tombent dans aucune des catégories d'actions gouvernementales susceptibles d'entraîner l'application de la *Charte*.

Certains ont soutenu que la *Loi sur l'arbitrage* portait atteinte à la *Charte* en ne protégeant pas expressément les femmes en particulier, ainsi que d'autres catégories de personnes vulnérables. Cet argument est fondé sur l'opinion que la *Charte* exige que les lois visent à une égalité de résultat et non à une égalité quant à l'application de la loi elle-même. Selon ce point de vue, le fait que les lois ne prévoient pas les mêmes protections que celles qui sont offertes par la *Charte* constitue une omission de la part du gouvernement. Cependant, la *Loi sur l'arbitrage* n'établit pas une distinction fondée sur un motif interdit; elle n'établit en fait aucune distinction fondée sur quelque motif que ce soit, si ce n'est l'incapacité juridique[188]. Par conséquent, il n'y a aucune omission permettant d'avancer qu'un groupe particulier de personnes n'a pas droit au même bénéfice de la loi. La *Loi sur l'arbitrage* ne nomme personne en particulier, et tous jouissent des mêmes droits et protections.

Des personnes qui ont des vulnérabilités de toutes sortes conviennent d'arrangements contractuels privés, avec ou sans l'aide d'un arbitre, qui ne sont pas assujettis à un examen fondé sur la *Charte*. Même s'il est possible que l'arbitrage des différends familiaux et successoraux ait une incidence particulière sur les droits des femmes, il n'en demeure pas moins que l'arbitrage découle d'une entente privée au sujet de différends personnels.

Il est vrai que les tribunaux peuvent exercer le pouvoir de l'État en rendant des ordonnances mettant à exécution des décisions arbitrales et que le pouvoir de l'État doit être exercé en conformité avec les règles établies dans la *Charte*. Un tribunal pourrait

---

[187] Peter W. Hogg, Constitutional Law of Canada, Toronto, Thompson Carswell, 2003 à la p. 754.
[188] *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, L.R.O. 1991, c. 17, art. 10

décider qu'il n'a pas la compétence nécessaire pour faire exécuter une sentence qui enfreindrait les droits que la *Charte* accorde à l'une des parties.

Cet argument présente toutefois un certain nombre de difficultés. La *Charte* n'oblige aucunement les parties à un différend à partager leurs biens à parts égales ni à conclure une entente privée qui prévoit une égalité de résultat pour les deux parties. La *Charte* n'exige pas que les négociations que les parties mènent à titre privé donnent une égalité de résultat. Les parties peuvent choisir un résultat qui semble inégal pour plusieurs raisons et peuvent estimer juste une entente qui semblerait injuste aux autres. Des décisions récentes de la Cour suprême du Canada appuient ce point de vue[189]. La *Charte* exige que l'État assure à tous le même bénéfice de la loi, sans discrimination fondée sur un motif interdit[190] et exige une égalité de garantie des droits pour les deux sexes[191]. À l'heure actuelle, la loi accorde aux parties qui recourent à l'arbitrage, autant les femmes que les hommes, les mêmes droits au titre de l'exécution des sentences arbitrales. La *Charte* ne prévoit aucun motif évident invalidant cette règle.

Comme je l'ai déjà mentionné, la *Charte* protège également la liberté de religion[192] et doit être interprétée de manière à valoriser le patrimoine multiculturel des Canadiens[193]. Cela laisse entendre qu'il convient de respecter les choix des gens dans la mesure où ces choix, ou les résultats obtenus, ne sont pas illégaux.

Si le gouvernement devait interdire aux musulmans, ou à tout autre groupe de personnes identifiables en Ontario, le recours à l'arbitrage pour régler des différends familiaux et successoraux, tout en continuant à permettre aux autres de recourir à cette procédure selon les principes qu'ils ont choisis, comme certains commentateurs l'ont proposé , il se poserait alors,la question de savoir si le gouvernement enfreindrait ainsi la *Charte*. Étant donné que la *Loi sur l'arbitrage* prévoit un cadre d'arbitrage applicable à tous les Ontariens, le gouvernement ne devrait pas exclure un groupe particulier de personnes en se fondant sur un motif interdit.

La Cour suprême du Canada s'est penchée sur la question de la liberté de religion garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte* relativement à la fermeture des magasins le dimanche. Dans *R.* c. *Big M Drug Mart*, la Cour a défini la liberté de religion comme suit :

> Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer

---

[189] *N.S. c. Walsh (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 325; *Miglin c. Miglin* [2003] 1 R.C.S. 303; *Hartshorne c. Hartshorne*, [2004] 1 R.C.S. 550.

[190] *Charte canadienne des droits et libertés)*, art. 15(1), partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

[191] *Charte canadienne des droits et libertés)*, art. 28 partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

[192] *Charte canadienne des droits et libertés)*, art. 2(a) partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

[193] *Charte canadienne des droits et libertés)*, art. 27 partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

> ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation.[194]

Bien que cette interprétation constitue un point de départ, l'alinéa 2*a*) requiert une analyse juridique complexe, qui doit tenir compte de droits opposés, et pour en arriver à un juste milieu une étude plus approfondie serait nécessaire. De plus, les tribunaux d'instance supérieure se sont rarement penchés sur la question de la liberté de religion. L'état du droit, tel qu'il s'appliquerait aux arbitrages fondés sur des principes religieux, demeure donc à tout le moins incertain. Il est impossible de se prononcer de manière définitive sur l'état du droit dans ce domaine, puisqu'il n'a pas encore été établi. Il en va de même des articles 27 et 28 de la *Charte*, qui sont des dispositions de nature interprétative. Il y a peu de jurisprudence sur laquelle on pourrait s'appuyer pour formuler des déclarations non équivoques quant au sens exact de ces dispositions, et leur définition en droit reste à être déterminée de façon définitive par les tribunaux.

Dans le cadre de mon étude, j'ai entendu les commentaires de nombreuses personnes oeuvrant dans le domaine de l'arbitrage, qui étaient grandement préoccupées par l'éventualité de perdre la possibilité d'arbitrer des différends touchant le droit de la famille. Nombreux sont les Ontariens qui ont recours à l'arbitrage et à la médiation pour régler des différends familiaux. Ils procèdent ainsi afin d'éviter les coûts élevés qui sont associés aux instances judiciaires. Mais ils ont également recours à ces procédures en vue de conclure des ententes auxquelles ils se rattachent grâce à leur implication personnelle plutôt que de se voir imposer un règlement par un tribunal. Certains indices nous portent à croire que ce type d'ententes est davantage susceptible d'être respecté par les parties que les règlements imposés par les tribunaux.

Pour bien saisir les enjeux de ce débat, il est essentiel de comprendre que tous les gens ne choisiront pas de régler leurs différends juridiques de la même manière. Comme nous l'avons vu ci-dessus, la *Loi sur l'arbitrage* offre à tous les citoyens la possibilité de recourir à l'arbitrage pour régler un différend sans l'intervention des tribunaux. Ce n'est pas simplement parce que nous ne sommes pas d'accord sur la manière dont certaines personnes emploient ce mode de règlement subsidiaire que nous devons les priver de leur droit d'y avoir recours, dans la mesure où elles utilisent convenablement cette procédure. Par conséquent, si les deux parties consentent véritablement à l'arbitrage, chaque personne devrait avoir le droit de prendre ses propres décisions, même s'il ne s'agit pas de décisions que la majorité des gens prendrait.

Les personnes qui s'opposent à l'arbitrage des différends familiaux affirment souvent qu'il est impossible de vérifier si les deux parties ont véritablement consenti à l'arbitrage et que l'État devrait par conséquent prendre des mesures pour s'assurer que les personnes plus vulnérables jouissent de protections convenables. Cet argument est fondé sur un certain nombre d'hypothèses. Premièrement, on présume qu'il existe certaines catégories de personnes qui, bien qu'elles aient la capacité juridique, sont

---

[194] *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 336.

néanmoins automatiquement vulnérables et qu'elles sont donc incapables de comprendre comment faire leurs propres choix et, en particulier, comment faire les bons choix pour elles-mêmes. Selon ce point de vue, il existe un choix correct particulier. Deuxièmement, on présume qu'il est impossible qu'une personne bien informée de ses droits et obligations puisse faire certains choix, par exemple consentir à l'arbitrage fondé sur des principes religieux.

Les gens ont le droit de faire des choix que les autres peuvent estimer ne pas être de bons choix, dans la mesure où ils ont la capacité juridique d'exercer de tels choix et où ceux-ci ne sont pas interdits par la loi. Dans les domaines dans lesquels il a décidé de permettre aux gens d'organiser leur vie en fonction de leurs propres valeurs, l'État n'a pas à imposer des séries de valeurs particulières, qu'elles soient d'ordre religieux ou non. En ce qui a trait à la distinction entre le caractère privé et public des actions, dont il a précédemment été question, il importe peu à certains égards où se situe la ligne de démarcation entre les deux. Il suffit de savoir que cette ligne existe et de comprendre que, lorsqu'une telle limite sera établie à un moment donné, elle permettra de déterminer les domaines dans lesquels l'État imposera ses valeurs et ceux dans lesquels il n'en fera rien.

J'estime que les arbitrages visés dans la *Loi sur l'arbitrage* représentent un domaine dans lequel l'État devrait éviter d'empêcher les parties de convenir d'arrangements contractuels sur diverses questions contestés entre elles, notamment en matière de droit de la famille et de succession. Il n'y a aucun doute que les personnes jugées vulnérables soulèvent de graves préoccupations et que des mesures législatives, réglementaires ou autres devraient être prises pour renforcer les protections qui leur sont accordées. L'objet essentiel de la *Charte* est d'influer sur la relation entre l'État et les particuliers[195]. Lorsque les intérêts de l'État et du particulier sont en jeu, l'existence de la *Charte* devrait se faire sentir. Il est ainsi parce qu'aucune institution autre que l'État ne jouit de la vaste gamme de moyens de coercition et de persuasion qu'il possède. L'État peut faire exécuter ses lois par l'intermédiaire des corps de police, lesquels peuvent dans des cas extrêmes priver de leur liberté les particuliers qui ont enfreint les lois ou les règlements de l'État. Toutefois, les actions de l'État – de l'adoption des lois jusqu'à l'exécution policière – s'appuient sur une autorisation législative.

La relation entre l'État et le particulier se différencie de la relation juridique consensuelle entre deux personnes. Aucun particulier n'a le droit d'exiger à lui seul qu'une personne fasse quelque chose qu'elle ne veut pas faire ni peut-il punir cette dernière parce qu'elle a omis de faire ce qu'elle ne souhaitait pas faire. Nul ne peut légalement contraindre une autre personne à faire quelque chose qu'elle n'accepte pas de faire, sans engager le pouvoir de l'État. L'État exerce un monopole quant à l'usage légal de la coercition, et il peut exercer ce pouvoir lorsque la loi l'y autorise, en vue de faire appliquer la loi. Par conséquent, les restrictions prévues dans les dispositions de la *Charte* représentent les limites applicables aux actes de l'État que nous avons convenu, en tant que société, d'imposer aux actions du gouvernement et de ses institutions. Le particulier qui est

[195] Patrick Monahan, *Constitutional Law*, 2e éd., Irwin Law Inc., 2002, à la p. 409.

opposé au gouvernement est en état d'infériorité. C'est la puissance de l'État qui justifie l'existence de restrictions sous la forme d'un examen des actions de ce dernier fondé sur la *Charte*.

Certains observateurs font valoir que la distinction qui permet de dissocier entre les actions « privées » et les actions « publiques » aux fins de l'application de la *Charte* est artificielle. Ils soutiennent que cette distinction renforce un parti pris contre les membres les plus vulnérables de la société, qui ne peuvent se défendre eux-mêmes dans le cadre d'une relation individuelle caractérisée par un déséquilibre du pouvoir qui n'est pas contrôlé. Lorsque les tribunaux aggravent ce déséquilibre en confirmant la validité des contrats conclus par des parties inégales, un grave problème surgit.

Bien qu'il s'agisse d'une difficulté qui doit être traitée, nous ne devons pas oublier que les pressions exercées par la collectivité ne peuvent être assimilées à la coercition exercée par l'État. Lorsque la collectivité exerce une pression sur ses membres pour qu'ils prennent certaines décisions mais que l'État n'intervient pas, cela ne signifie pas que ce dernier a violé un droit garanti par la *Charte*. Celle-ci prévoit des limites quant au type de conduite que l'État peut adopter. La *Charte* devrait également limiter l'étendue des actions gouvernementales. La *Charte* n'est pas une loi facultative qui permet à l'État d'intervenir chaque fois qu'une personne a contrevenu à l'une de ses dispositions, peu importe qui est l'auteur de la violation.

Il ne me paraît pas évident que nous devions viser un niveau d'intrusion dans nos vies tel que celui qu'implique l'application de la *Charte* aux relations établies à titre privé. Il demeure entendu que, dans un domaine donné, le gouvernement peut décider qu'il est souhaitable d'adopter des mesures législatives afin d'assurer la conformité des comportements à une série de principes déterminés. Toutefois, cela n'enlève rien au fait que nous reconnaissons qu'il existe des domaines privés dans lesquels les gens devraient être libres de faire leurs propres choix sans qu'on les oblige à souscrire aux valeurs de l'État. La ligne de démarcation se déplace constamment; l'endroit où elle se situe est le résultat d'un dialogue constant entre le gouvernement, le public et les tribunaux.

Cela ne veut pas dire qu'il n'existe aucune autre forme de coercition. Cependant, le droit criminel prévoit des restrictions quant aux actes de coercition que les particuliers peuvent exercer. Le droit des contrats constitue la seule exception. Ainsi les particuliers, les personnes morales et les autres institutions du secteur privé peuvent établir des relations juridiques privées. Si une telle forme de relation n'était pas légalement acceptable, toutes les opérations seraient alors d'une façon ou d'une autre assujetties à la surveillance du gouvernement. L'acceptation de cette forme d'entente repose sur l'idée que les parties qui concluent une telle entente sont capables de prendre de telles décisions pour elles-mêmes. Suggérer que l'État devrait exercer une surveillance sur chacune des relations établies à titre privé serait présumer que personne n'est capable de prendre des décisions pour son propre compte. Cela dénote un degré de paternalisme que j'estime non approprié et qui constituerait une forme d'intrusion inacceptable.

Ayant cela à l'esprit, il peut être utile de se demander si toutes les personnes qui concluent des ententes privées à l'égard de leurs affaires personnelles connaissent réellement suffisamment bien les droits qu'elles peuvent faire valoir ainsi que les obligations dont elles doivent s'acquitter, en conformité avec les lois de l'Ontario et les lois fédérales, pour être en mesure de prendre des décisions qui tiennent réellement compte de leurs besoins. Toutefois, il convient non pas de répondre à cette question en se fondant sur le droit constitutionnel mais plutôt de laisser le soin d'y répondre à la collectivité telle qu'elle est représentée par le législateur. De fait, le législateur pourrait bien décider que des groupes particuliers devraient être protégés contre des risques particuliers, comme il l'a fait par exemple en édictant une loi sur les normes d'emploi et une loi sur la protection du consommateur. La *Loi sur l'arbitrage* prévoit de fait un certain nombre de protections et, au terme de l'étude, je recommanderai l'adoption de protections supplémentaires qui reconnaissent les valeurs inhérentes à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Néanmoins, je ne crois pas que la Constitution interdit le recours à l'arbitrage pour régler des différends familiaux et successoraux.

Section 6 : Analyse

Bref aperçu historique du droit personnel

Lorsque la question d'utiliser une autre forme de « droit personnel » en vertu des pouvoirs conférés par la *Loi sur l'arbitrage* est apparue pour la première fois, bon nombre des personnes parmi les plus préoccupées par la notion connaissaient peu l'historique du droit personnel fondé sur la religion tel qu'il existait dans le monde entier par le passé ou tel qu'il existe aujourd'hui. Selon plusieurs commentateurs, la possibilité de recourir, par exemple, au droit personnel musulman, n'existait pas ailleurs. Ils ont avertit que l'Ontario, en autorisant une pratique n'existant nulle part ailleurs dans le monde, établissait un précédent dangereux pour d'autres ressorts. En fait, le recours aux lois religieuses ou traditionnelles en matière familiale était beaucoup plus la règle que l'exception au cours des siècles précédents et existe encore aujourd'hui sous une forme ou une autre presque partout dans le monde.

Les recherches historiques ont révélé une pratique courante en vigueur de l'antiquité jusqu'à l'époque post-coloniale du siècle dernier : qu'il fût conquérant ou conquis, chaque peuple demeurait assujetti aux « lois personnelles », lesquelles étaient habituellement fondées sur une combinaison de coutumes, de traditions et de religions qui le définissaient comme peuple. L'application des lois personnelles remonte aux temps les plus anciens. Les contrats, notamment ceux visant les mariages, les successions et la responsabilité extracontractuelle (délits), étaient tous assujettis au droit personnel. [Traduction] « Dans le même ordre d'idées, les questions de procédure, tant en matière civile que pénale, étaient tranchées au regard du principe selon lequel toute personne a le droit d'être jugée conformément à son propre droit »[196].

Au départ, les différences au niveau des coutumes, des noms, de la culture et même de l'apparence physique suffisaient pour distinguer un groupe d'un autre. Par suite du brassage des populations, chaque personne a été tenue d'identifier par voie de déclaration le droit qu'elle était autorisée à utiliser ou qu'elle choisissait d'utiliser pour conclure un acte juridique ou régler un litige. Cela était particulièrement vrai lorsqu'il était question de problèmes familiaux, étant donné la centralité de l'identité de groupe à une époque caractérisée par des vagues de conquêtes menées par des peuples différents habitués à des règles différentes.

Au Moyen Âge, le droit canon de l'Église catholique, dont l'application n'était pas limitée aux questions ecclésiastiques, a évolué de concert avec le droit civil, lequel était fondé sur le droit romain et contenait certains éléments germaniques. Les deux systèmes ont dominé l'Europe continentale pendant des siècles[197]. Entre le dixième siècle et la Réforme, le droit canon et le droit civil régissaient à eux seuls les questions de droit personnel en Europe.

---

[196] Eduardo Vitta, « The Conflict of Personal Laws » (1970), 2 Israel Law Review 170 aux pp. 171 et 172.
[197] Eduardo Vitta, « The Conflict of Personal Laws » (1970), 2 Israel Law Review 170 à la p. 184.

La Réforme a mis fin à la domination de l'Europe par l'Église catholique romaine. Par suite de la Réforme, les juridictions protestantes ont coexisté avec les juridictions catholiques. L'apparition progressive de l'État-nation a finalement mené à la création de lois en matière civile. Ces nouvelles réalités ont entraîné [Traduction] « une généralisation progressive du droit considéré comme le droit de l'État, ainsi qu'une réduction graduelle, sinon une abolition complète, de la compétence des tribunaux ecclésiastiques »[198].

Toutefois, les tribunaux ecclésiastiques ont conservé pendant un certain temps leur compétence à l'égard des lois sur le mariage. Par exemple, en Grande-Bretagne, le mariage et le divorce n'étaient pas réglementés par l'État avant 1857, de sorte que les lois religieuses (lois anglicanes, droit canon, lois rabbiniques) s'appliquaient aux membres des cultes respectifs dans le domaine du droit familial. [Traduction] « Par conséquent, en ce qui concerne la souveraineté concurrente dans le domaine, c'est l'État plutôt que l'Église qui est le nouveau venu »[199].

Le contrôle religieux du droit personnel était également courant au sein de certains régimes non occidentaux. L'Empire ottoman est souvent considéré comme le modèle autorisant le pluralisme religieux dans un seul État et tenant compte des lois personnelles de plusieurs religions différentes. Ayant adopté l'islam, les Turcs étaient assujettis, dans tous leurs rapports juridiques, aux normes du droit musulman. Toutefois, les sultans permettaient aux chrétiens et aux juifs d'être assujettis à leur propre forme de droit, tandis que les chefs des communautés juives et chrétiennes pouvaient exercer leur compétence à l'égard de leurs communautés au sein de l'Empire ottoman[200]. Les mesures d'adaptation visant à tenir compte des obligations religieuses ont existé pendant tout le règne de l'Empire ottoman. Elles ont été confirmées à quelques reprises au cours du dix-neuvième siècle par les sultans et par divers dirigeants européens anxieux de s'assurer que leurs citoyens non musulmans n'étaient pas jugés en vertu des lois musulmanes.

Au fur et à mesure que la colonisation européenne se poursuivait dans une grande partie de l'Asie, de l'Afrique et de l'Amérique du Nord, chaque puissance colonisatrice apportait avec elle sa propre tradition juridique, en imposant souvent ses lois aux colonisés. Tant les Britanniques que les Français avaient tendance à permettre l'utilisation du droit personnel dans les régions colonisées, de manière à infléchir les aspirations de différentes « nations » et à acheter la paix au sein de leurs vastes empires.

> [Traduction] En règle générale, les institutions indigènes liées à la famille étaient respectées. Il était accepté que ces institutions comprenaient non seulement le mariage et le divorce, la minorité, les rapports entre parents et enfants, la tutelle, la condition féminine, etc., mais aussi les rapports

---

[198] Eduardo Vitta, « The Conflict of Personal Laws » (1970), 2 Israel Law Review 170 à la p. 184.
[199] Carol Weisbrod, « Family, Church and State: An Essay on Constitutionalism and Religious Authority » (1988), 26:4 Journal of Family Law 741 à la p. 744.
[200] Eduardo Vitta, « The Conflict of Personal Laws » (1970), 2 Israel Law Review 170 à la p. 173.

> patrimoniaux entre l'époux et l'épouse et la succession. Les lois indigènes relatives à la propriété et, dans une moindre mesure, aux obligations et aux contrats, sont restées en vigueur.[201]

Cependant, au Canada, depuis au moins la date de confédération, les colonisateurs n'ont guère respecté la riche culture des peuples autochtones. Néanmoins, le contexte historique permet d'expliquer pourquoi la Grande-Bretagne a toléré l'utilisation du droit civil français au Québec après avoir vaincu la France et pourquoi ce système juridique a été intégré dans notre Constitution. À n'en pas douter, le Canada repose sur un équilibre délicat où la protection des droits religieux et linguistiques et des garanties juridiques des Français et des Anglais a marqué notre éthique depuis les tout débuts.

Bon nombre de personnes qui émigrent au Canada proviennent de pays où les lois personnelles fondées sur la religion et la coutume ont été prises en compte par les colonisateurs et où, dans le cadre du développement de ces pays lors du siècle dernier, ces lois ont été conservées au moins en partie par les États indépendants post-coloniaux. Même lorsque des codes civils uniformes sont adoptés, les groupes religieux conservent un certain contrôle en matière familiale. Par exemple, il existe encore des lois musulmanes et juives régissant les rapports personnels de ces groupes religieux dans bon nombre d'anciennes colonies[202].

À mon avis, il est important que nous examinions brièvement la situation actuelle dans trois pays, à savoir le Royaume-Uni, la France et l'Allemagne, puisque plusieurs opposants à l'arbitrage fondé sur la religion ont mentionné ces ressorts dans leurs documents. Dans les trois pays, la population musulmane a augmenté considérablement au cours des deux dernières décennies; il en a résulté des tensions concernant les droits et le statut religieux.

En Grande-Bretagne, [Traduction] « les musulmans forment désormais le groupe confessionnel minoritaire le plus nombreux[203] ». Pendant des décennies, la communauté musulmane a demandé l'application des lois musulmanes en matière familiale. Des années 1970 jusqu'aux années 1990, la communauté musulmane de Grande-Bretagne a demandé la reconnaissance officielle d'un régime de chari'a distinct en matière de droit familial à l'intention des musulmans britanniques.

> [Traduction] Au cours des années 1970, l'*Union of Muslim Organisations of UK* a tenu certaines réunions qui ont abouti à une résolution formelle visant la reconnaissance officielle d'un régime distinct de droit musulman en matière familiale, automatiquement applicable aux musulmans

---

[201] Eduardo Vitta, « The Conflict of Personal Laws » (1970), 2 Israel Law Review 170 à la p. 179.

[202] Dans la présente étude, il n'est pas possible de donner un aperçu détaillé des différents arrangements conclus dans le monde entier. Toutefois, pour les intéressés, l'étude comparative des lois personnelles musulmanes publiée par Women Living Under Muslim Law constitue une excellente source de renseignements. Voir Femmes sous lois musulmanes, Knowing Our Rights: Women, family, laws and customs in the Muslim World, Londres, Femmes sous lois musulmanes, 2003.

[203] Document du Conseil canadien des femmes musulmanes, Projet sur le droit musulman/la chari'a, « Applicability of Sharia/Muslim Law in Western Liberal States » présenté par Pascale Fournier (11 septembre 2004).

> britanniques. En 1984, une charte musulmane a été créée; celle-ci exigeait que la *chari'a* se voie accorder une place au sein du droit personnel. Par la suite, une proposition semblable a été présentée à divers ministres du gouvernement en vue de son dépôt au Parlement et de son adoption. La demande a été réitérée publiquement en 1996.
>
> Cependant, le gouvernement a rejeté cette campagne visant à créer un régime de droit personnel musulman régissant de façon autonome les questions personnelles et liées à la famille, au motif que le respect des valeurs universelles des droits de la personne ne pouvait être garanti par les systèmes juridiques non laïques, notamment en ce qui concerne les femmes.[204]

S'étant vu refuser un système juridique distinct, la communauté musulmane a ensuite élaboré un autre mécanisme de règlement des différends pour traiter des questions de droit de la famille qui touchent les musulmans.

> [Traduction] En fait, depuis 1982, l'*Islamic Shari'a Council (UK) (ISC)* offre aux couples des services professionnels de conciliation au sujet de divers aspects du droit islamique et, à cette fin, a établi des procédures, des formulaires et des certificats types. Il examine plus de 50 affaires à chaque année et s'intéresse particulièrement au règlement des différends concernant l'application du Mahr. Cette méthode fondée sur le « droit officieux » est très répandue; selon un sondage mené en 1989, 66 % des musulmans appliqueraient le droit musulman en cas de conflit entre celui-ci et le droit anglais. L'ISC a notamment pour objectif « l'établissement d'un tribunal qui agirait comme tribunal de la *chari'a* islamique et qui trancherait les questions de droit familial musulman qui lui seraient renvoyées ». L'ISC applique les règles islamiques pour traiter des « problèmes auxquels font face les familles musulmanes ayant obtenu un jugement en leur faveur de la part des tribunaux non islamiques du pays sans toutefois avoir reçu la sanction de la *chari'a* islamique ».[205]

Par conséquent, [Traduction] « les recherches ont démontré que plusieurs différends importants qui existent entre eux ne sont jamais portés devant les tribunaux

---

[204] Document du Conseil canadien des femmes musulmanes, Projet sur le droit musulman/la chari'a, « Applicability of Sharia/Muslim Law in Western Liberal States » présenté par Pascale Fournier (11 septembre 2004). M[me] Fournier cite certaines sources pertinentes : Tariq Modood, « Muslim Views on Religious Identity and Racial Equality » (1993) 19:3 New Community aux pp. 513-519; Danièle Joly, Britannia's Crescent: Making a Place for Muslims in British Society, Aldershot , Avebury, 1995; Ihsan Ylmaz, Dynamic Legal Pluralism and the Reconstruction of Unofficial Muslim Laws in England, Turkey and Pakistan, Londres, School of Oriental and African Studies, 1999 au chapitre 6; Fournier, « The Claim to Separate Islamic System of Personal law for British Muslims » dans Chibli Mallat et al., éd., Islamic Family Law, Londres, Dordrecht et Boston, 1990 à la p. 147.

[205] Document du Conseil canadien des femmes musulmanes, Projet sur le droit musulman/la chari'a, « Applicability of Sharia/Muslim Law in Western Liberal States » présenté par Pascale Fournier (11 septembre 2004). M[me] Fournier cite le document suivant : Islamic Shari'a Council (ISC), *The Islamic Shari'a Council: An Introduction*, Londres, Islamic Shari'a Council, 1995.

officiels »[206]. Les musulmans choisissent plutôt de suivre un processus informel en vertu duquel ils ne bénéficient pas de la protection des lois britanniques. Pascale Fournier explique ce qui suit :

> [Traduction] Les minorités ethniques ont tout naturellement réagi au manque d'appréciation pour leurs coutumes en se renfermant sur elles-mêmes et en fonctionnant en dehors du système juridique traditionnel. Aidés par le développement progressif de réseaux communautaires et de structures de communication organisés et s'appuyant sur les centres religieux et communautaires, les groupes ethniques minoritaires possèdent des systèmes d'autoréglementation élaborés en matière d'obligations qui leur sont applicables et qu'ils comprennent. On fait parfois appel aux membres plus âgés de la communauté ou aux chefs religieux afin qu'ils gèrent ces obligations et procédures réglementaires, mais il existe aussi une grande informalité et une recherche de la « droiture morale » au cas par cas. Au fil du temps, le processus a donné lieu au développement organique des coutumes et des lois personnelles particulières des minorités ethniques en Grande-Bretagne, lesquelles peuvent éviter les réseaux officiels et les voies judiciaires officielles. On le constate notamment en ce qui concerne le mariage, le divorce, la dot, l'offre de cadeaux, la discipline parentale, les transferts de propriété et les soins aux enfants. Bien que les procédures d'arbitrage coutumières puissent ne pas cadrer avec le système juridique occidental, les décisions rendues sont habituellement respectées et mises en œuvre au moyen d'une combinaison de sanctions et d'ostracisme.[207]

En France, le droit national laïque s'applique à tous les citoyens, sans égard aux lois religieuses. Depuis la Révolution de 1789, la France a élaboré un modèle de citoyenneté fondé sur l'assimilation et interdit l'application de tout droit à ses citoyens, exception faite de son droit national laïque. Ce modèle de citoyenneté repose sur deux textes législatifs. Le premier est la *Constitution du 4 octobre 1958*, dont l'article 1 prévoit ce qui suit : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances[208] ». Le deuxième texte législatif pertinent est la *Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État*, dont l'article 2 dispose que « [l]a République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte[209] ».

---

[206] Soumission d'Anne Saris de l'Université McGill, « Muslim Alternative Dispute Resolution and Neo-Ijtihad in England » présenté par Ihsan Yilmaz (16 septembre 2004).

[207] Richard Jones et Welhengam Gnanpala, Ethnic Minorities in English Law, Stoke on Trent, Trentham Books, 2000 aux pp. 103 et 104 cité dans le document d'Anne Saris de l'Université McGill, « Muslim Alternative Dispute Resolution and Neo-Ijtihad in England » présenté par Ihsan Yilmaz (16 septembre 2004).

[208] La Constitution du 4 octobre 1958, art. 1, en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/constit.htm#Preambule>.

[209] Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, en ligne : <http://www.assemblee-nat.fr/histoire/eglise-etat/sommaire.asp#loi>.

Il s'ensuit que [Traduction] « la France ne permet pas à l'État de soutenir officiellement une exemption ou une représentation spéciale destinée aux minorités nationales ou immigrantes. Par conséquent, des stratégies sont employées pour favoriser l'intégration individuelle dans l'État français, tandis que la formation de « communautés » d'immigrants est fortement découragée[210] ».

Bien que les lois ci-haut puissent donner à penser que le droit musulman n'est pas appliqué en France, une telle impression est fausse. Les musulmans, qui constituent le deuxième plus grand groupe religieux en France, après les catholiques, ne sont pas assujettis au droit de la famille français à moins d'avoir obtenu la citoyenneté française; parmi les quatre millions de musulmans en France, seulement un million sont devenus citoyens français. Dans certains cas, en raison d'accords bilatéraux entre la France et d'autres pays, la France applique les lois du pays d'origine du résident étranger. Cependant, elle le fait tout en respectant les limites du droit et de l'ordre public français ainsi que les obligations de la France prévues par les conventions internationales. [Traduction] « Ainsi, face à des questions de droit privé touchant des musulmans qui habitent en France mais qui sont citoyens d'un État musulman, les juges français ont dû statuer sur la légalité de certaines institutions, telles que le mariage islamique et la polygamie, la dot (*Mahr)* et le divorce (*talaq*)[211] ». Par conséquent, les juges français instruisent les causes des musulmans qui ne sont pas citoyens français et sont tenus d'interpréter et d'appliquer la loi qui leur est applicable dans leur pays d'origine dont ils sont citoyens.

En Allemagne, la notion de citoyenneté a évolué différemment qu'en France et tire son origine de la notion du sang commun du *Volk* (peuple). Par ailleurs, jusqu'à récemment, l'assimilation de différentes races, cultures et religions faisait face à une forte opposition. Jusqu'en 1999, le demandeur de citoyenneté devait fournir la preuve d'au moins un ancêtre allemand afin d'obtenir la citoyenneté allemande. Cette exigence avait pour conséquence de refuser la citoyenneté aux immigrants. Cependant, depuis 1999, certaines modifications ont été apportées aux lois restrictives en matière de citoyenneté et de naturalisation[212]. Désormais, les enfants nés en Allemagne se voient accorder la double citoyenneté en Allemagne et dans le pays d'origine de leur père ou de leur mère; toutefois, entre l'âge de dix-huit et vingt-trois ans, ces enfants doivent renoncer à la citoyenneté de leur père ou de leur mère afin de conserver leur citoyenneté allemande.

Il y a plus de trois millions de musulmans en Allemagne, pour la plupart d'origine turque. Depuis le début des années 1970, les musulmans demandent le statut de collectivité de droit public, en vertu duquel l'islam serait officiellement reconnu comme une religion égale devant la loi. L'une après l'autre, les demandes ont été rejetées, au motif que la

---

[210] Document du Conseil canadien des femmes musulmanes, Projet sur le droit musulman/la chari'a, « Applicability of Sharia/Muslim Law in Western Liberal States » présenté par Pascale Fournier (11 septembre 2004).
[211] Document du Conseil canadien des femmes musulmanes, Projet sur le droit musulman/la chari'a, « Applicability of Sharia/Muslim Law in Western Liberal States » présenté par Pascale Fournier (11 septembre 2004).
[212] Document du Conseil canadien des femmes musulmanes, Projet sur le droit musulman/la chari'a, « Applicability of Sharia/Muslim Law in Western Liberal States » présenté par Pascale Fournier (11 septembre 2004).

communauté musulmane n'aurait pas prouvé sa durée et sa stabilité, tel que l'exige la loi. La communauté juive est la seule communauté non chrétienne à avoir obtenu un tel statut en Allemagne.

Tout comme en France, si une partie à un différend n'est pas un citoyen allemand, le droit de la famille qui s'applique dépend de sa citoyenneté, même si [Traduction] « ce principe général est bien sûr assujetti à l'ordre public allemand et aux conventions internationales auxquelles l'Allemagne est partie[213] ».

> [Traduction] Ces règles revêtent une importance considérable, puisqu'environ 8,9 % de la population allemande est constituée de personnes qui ne sont pas citoyens allemands et dont environ deux millions sont originaires de pays musulmans. Souvent, la communauté musulmane n'est pas au courant de l'existence de ces règles de droit privé international qui, au pays, prévoient l'application de la loi de la *chari'a* aux personnes qui ne sont pas citoyens allemands.[214]

Un tel manque de connaissance peut avoir des effets dévastateurs lors d'une rupture de mariage, notamment parce que les parties peuvent ne pas savoir que les lois de leur pays d'origine leur sont applicables en Allemagne, quelle que soit la durée de leur résidence dans le pays. Puisqu'ils ne peuvent obtenir la citoyenneté allemande, les immigrants qui habitent en Allemagne sont des « invités » dans leur propre maison, de sorte que les tribunaux allemands ont dû se pencher sur l'interprétation et l'application de lois étrangères, dont la chari'a[215].

M[me] Fournier analyse la façon dont les tribunaux français et allemands ont appliqué le droit de la famille à l'égard des parties musulmanes qui ne sont pas des citoyens du pays dans lequel elles habitent :

> [Traduction] Les tribunaux français et allemands semblent avoir tiré des conclusions similaires au moment de préciser les limites de « l'ordre public » français ou allemand : les mariages islamiques religieux n'ont aucun effet en droit s'ils ont eu lieu en France ou en Allemagne; la répudiation unilatérale d'une épouse musulmane par son mari (le *talaq*) n'est pas reconnue comme forme de divorce légitime; les mariages polygames ne sont valides devant la loi que s'ils

---

[213] Document du Conseil canadien des femmes musulmanes, Projet sur le droit musulman/la chari'a, « Applicability of Sharia/Muslim Law in Western Liberal States » présenté par Pascale Fournier (11 septembre 2004).
[214] Document du Conseil canadien des femmes musulmanes, Projet sur le droit musulman/la chari'a, « Applicability of Sharia/Muslim Law in Western Liberal States » présenté par Pascale Fournier (11 septembre 2004).
[215] Chris Jones-Pauly, « Marriage Contracts of Muslims in the Diaspora: Problems in the Recognition of Mahr Contracts in German Law », à paraître dans Frank Vogel, éd., Marriage Contracts in Islamic Law, Harvard University Press, 2004, cité par Document du Conseil canadien des femmes musulmanes, Projet sur le droit musulman/la chari'a, « Applicability of Sharia/Muslim Law in Western Liberal States » présenté par Pascale Fournier (11 septembre 2004).

> ont eu lieu dans un pays qui autorise la polygamie; l'institution musulmane du *Mahr* est exécutoire devant les tribunaux français ou allemands.[216]

Ainsi, il est clair que l'application tant formelle qu'informelle du droit personnel fondé sur la religion, en vue de régler des questions de droit de la famille, est très répandue dans de nombreux pays. Dans le présent document, bien que le bref aperçu historique ait mis l'accent sur le droit personnel musulman, le droit juif a fait l'objet d'arrangements similaires dans plusieurs parties du monde.

Séparation de l'Église et de l'État

Tel que souligné plus tôt dans la section 4, plusieurs intervenants ont insisté sur la nécessité de séparer la religion et l'État. Selon eux, le recours à l'arbitrage fondé sur la religion franchissait la ligne qui les séparait.

> [Traduction] Au moment d'établir une distinction entre le laïque et le religieux, le plus grand problème consiste à savoir où tracer la ligne. Le problème est en partie attribuable au fait que différentes visions religieuses du monde ont différentes conceptions du contenu du sacré et du laique, ainsi que de la ligne qui les sépare. Certaines religions n'établissent aucune distinction du genre. D'après de telles religions holistiques, la religion ne se limite pas à des activités telles que la prière et la participation aux offices religieux et ne tient pas principalement à la conscience du croyant. Elle influence plutôt un mode de vie complet (éliminant ainsi la distinction entre la religion et la culture).[217]

Dans le cadre de l'étude, plusieurs intervenants ont précisé que la religion musulmane appartenait à la dernière catégorie, à savoir, celle des religions holistiques qui n'établissent aucune distinction entre la religion et l'État. Les articles de Syed Mumtaz Ali, qui sont affichés sur le site Web http://muslim-canada.org, sont cités de façon sélective dans un document d'Elka Enola, une humaniste laïque qui s'oppose à l'utilisation du droit personnel fondé sur la religion :

> [Traduction] Il est bien connu que l'islam offre un système complet pour la réglementation de tous les aspects de la vie humaine. Les règles, obligations, injonctions et interdictions énoncées par le Coran et la Sunnah ou issues de ces derniers brossent un portrait complet de la communauté musulmane, dont aucune partie ne peut être enlevée sans endommager le reste.
>
> L'islam rejette le principe de la séparation du spirituel et du temporel, du sacré et du profane, ou de l'Église et de l'État.

---

[216] Document du Conseil canadien des femmes musulmanes, Projet sur le droit musulman/la chari'a, « Applicability of Sharia/Muslim Law in Western Liberal States » présenté par Pascale Fournier (11 septembre 2004).
[217] Nomi Maya Stolzenberg, « A Tale of Two Villages » dans Ian Shapiro et Will Kymlicka, éd., Ethnicity and Group Rights, New York University Press, New York et Londres, 1997.

> L'islam n'établit aucune distinction entre la morale privée et la morale publique. La notion islamique de **LIBERTÉ PERSONNELLE** est aux antipodes de la pensée occidentale contemporaine. Selon l'islam, la liberté personnelle n'est disponible et autorisée qu'à l'égard des questions qui ne sont **PAS RÉGLEMENTÉES** par les injonctions et interdictions énoncées dans le Coran et la Sunnah, puisque ces derniers expriment la Sagesse divine inhérente manifestée par la Volonté divine.[218]

Dans une analyse du rapport entre la religion et l'État dans les pays musulmans, Lisa Hajjar classe par catégories les différents modèles qui existent aujourd'hui. La première catégorie est celle de la « communautarisation », en vertu de laquelle les membres de différentes communautés religieuses sont assujettis à des régimes distincts de lois sur le statut personnel, de sorte qu'il existe essentiellement deux paliers de lois. Selon M^me^ Hajjar, Israël, l'Inde et le Nigeria auraient recours à la communautarisation. La deuxième catégorie est celle de la « nationalisation ». D'après M^me^ Hajjar, [Traduction] « tout État qui désigne la religion musulmane comme la religion officielle et qui s'inspire du droit et de la jurisprudence religieux pour façonner la législation et les politiques nationales, mais dont les pouvoirs ne sont ni issus de la *chari'a* ni fondés sur celle-ci, serait associé à cette catégorie. Il en est notamment ainsi de la plupart des pays arabes et de certains pays d'Afrique et d'Asie dont la population est majoritairement musulmane[219] ». La troisième catégorie est celle de la « théocratisation ».

> [Traduction] Dans les pays où l'État se définit comme un État musulman, le droit religieux *est* le droit de l'État. Dans un tel contexte, il est possible de confondre la défense de la religion et la défense de l'État, et les critiques ou contestations peuvent être considérées et traitées comme de l'hérésie ou de l'apostasie, que l'État se permet de punir. L'Iran et le Pakistan offrent des exemples de théocratisation[220].

En revanche, tel que souligné dans la sous-section précédente, la France est un État qui a tenté de séparer complètement l'Église et l'État, à tout le moins à l'égard de ses propres citoyens.

> [Traduction] La caractéristique la plus importante de la politique française actuelle est son discours néo-républicain sur l'identité française, dans lequel l'appartenance à la communauté nationale comprend un engagement absolu vis-à-vis de la République et de ses valeurs fondamentales d'*égalité* et de *laïcité* (la séparation de l'État et de la religion). Ce modèle républicain a été créé dans le contexte de la Révolution française de 1789 en réponse directe à la lutte

---

[218] Soumission de Elka Enola, « A Canadian Objection to Shari'a Under the Arbitration Act » (avril 2004).
[219] Lisa Hajjar, « Religion, State Power, and Domestic violence in Muslim Societies: A Framework for Comparative Analysis » non publié soumis à l'étude par l'entremise du Conseil canadien des femmes musulmanes (23 juillet 2004).
[220] Lisa Hajjar, « Religion, State Power, and Domestic violence in Muslim Societies: A Framework for Comparative Analysis » non publié soumis à l'étude par l'entremise du Conseil canadien des femmes musulmanes (23 juillet 2004).

> historique des Français contre leur propre monarchie, l'aristocratie au pouvoir et le milieu religieux[221].
>
> L'engagement vis-à-vis de la laïcité est si essentiel que la France a formulé une réserve auprès du Secrétaire général des Nations Unies à l'égard de l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, qui se lit comme suit : « Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue »[222].

En raison du nombre croissant de musulmans habitant en France, le gouvernement a lancé, en 1999, une vaste consultation qui a abouti à une déclaration formelle ratifiée par la communauté musulmane. La déclaration avait pour but d'établir un mécanisme permettant aux musulmans d'avoir des droits religieux, tout en respectant le principe de la *laïcité*. Le Conseil français du culte musulman a été établi en mai 2003; l'organisme est constitué d'une assemblée générale, d'un conseil d'administration et d'une administration. Le conseil national est chargé de 25 conseils régionaux. L'organisme, qui ressemble à ceux autorisés à l'égard d'autres religions en France, est chargé de collaborer avec les gouvernements locaux, notamment en ce qui concerne l'établissement des mosquées, la réglementation de l'abattage rituel, la nomination des aumôniers, ainsi que d'autres questions. Toutefois, l'autonomie de la communauté musulmane est strictement limitée. Par exemple, les musulmans sont encore tenus d'obéir au décret interdisant d'arborer des signes d'appartenance religieuse; cette exigence a fait l'objet d'une grande controverse au cours des derniers mois[223].

Il n'existe aucune séparation traditionnelle de l'Église et de l'État en Grande-Bretagne. En fait, depuis la création de l'Église anglicane vers le début du seizième siècle, le monarque est le gouverneur suprême de l'Église anglicane ainsi que le chef d'État. Bien qu'il y ait plusieurs religions différentes en Grande-Bretagne, il n'existe aucun mécanisme permettant de reconnaître les religions ou de leur conférer des pouvoirs particuliers. Depuis la première Loi sur le mariage en 1857, on assiste à un transfert progressif des questions de droit de la famille de l'Église vers l'État, de sorte qu'un système de droit de la famille laïque et universel prédomine. Tel que souligné dans la sous-section ci-dessus, les différends soumis à un arbitrage privé et réglés au moyen

---

[221] Document du Conseil canadien des femmes musulmanes, Projet sur le droit musulman/la chari'a, « Applicability of Sharia/Muslim Law in Western Liberal States » présenté par Pascale Fournier (11 septembre 2004).

[222] Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 10 December 1966, 999 U.N.T.S. 171 (*entrée en vigueur le* 23 mars 1976) cité par Document du Conseil canadien des femmes musulmanes, Projet sur le droit musulman/la chari'a, « Applicability of Sharia/Muslim Law in Western Liberal States » présenté par Pascale Fournier (11 septembre 2004).

[223] Voir Marcus Gee, « Secular France, uncovered », *Globe and Mail* (19 décembre 2003) A2; « More than 100 girls defy France's headscarf ban », en ligne :
<http://www.cbc.ca/story/world/national/2004/09/08/headscarves040908.html>;
« First girls expelled over French headscarf ban », en ligne :
<http://www.cbc.ca/stories/2004/10/20/world/france_headscarves041020>.

de mécanismes de règlement des différends fondés sur la religion ne sont pas officiellement reconnus, même si ces moyens de résoudre les problèmes familiaux sont de plus en plus utilisés par les musulmans, alors que la communauté s'agrandit et évolue[224].

Le Canada non plus n'a jamais eu de politiques ou de lois solides définissant la séparation de l'Église et de l'État. À l'époque coloniale, de nombreuses terres ont été concédées à divers cultes et communautés souvent rassemblés autour de l'Église; le clergé influençait beaucoup le développement des services d'enseignement et sociaux dans la localité; ce n'est que petit à petit, au fil du temps, que ces services ont été considérés comme relevant du gouvernement provincial, lequel pouvait garantir leur disponibilité à tous les citoyens. Bien que le droit religieux des catholiques de contrôler l'éducation de leurs enfants soit protégé par la Constitution, il n'existe aucune religion d'État. L'article 2 de la Constitution garantit aux Canadiens la liberté de pratiquer la religion de leur choix, tandis que l'article 27 prévoit le maintien et la valorisation du multiculturalisme au pays. Tel que souligné dans la section 4 du rapport, plusieurs intervenants estiment que la capacité de soumettre les problèmes familiaux à l'arbitrage devant des tribunaux fondés sur la religion est une manifestation de leurs droits aux termes de la Constitution et un exemple de la façon dont les lois religieuses et les textes législatifs peuvent se compléter. Dans un document soumis à l'étude, il est précisé ce qui suit :

> [Traduction] Les juifs hassidiques, les catholiques et les Ismaïliens ont utilisé leur doctrine religieuse pour régler des différends pendant une décennie sans soulever de préoccupations au sujet de menaces posées à l'État laïque. Tel qu'il existe au Canada, le laïcisme exige que l'État demeure neutre à l'égard des religions et qu'il ne favorise pas un culte en particulier au détriment d'autres groupes confessionnels. Le droit laïque peut tenir compte du droit inspiré par la doctrine religieuse, ce qu'il fait depuis des décennies. Le droit laïque et le droit religieux visent le même but : la justice. Par conséquent, les tribunaux permettent à ces deux ensembles de droit de coexister. Ceux qui possèdent des croyances religieuses seront très satisfaits des différends civils réglés selon leur doctrine religieuse, conformément au droit canadien. Ils ne ressentiraient pas la même satisfaction si les différends n'étaient réglés que selon les règles des tribunaux laïques. Les tribunaux laïques ne peuvent offrir la satisfaction psychique qui découle d'une croyance religieuse.[225]

Identité politique

Les revendications d'identité politique qui dépassent les normes acceptées en matière de distinction et d'autonomie culturelles et religieuses en Ontario, représentent un

---

[224] Document du Conseil canadien des femmes musulmanes, Projet sur le droit musulman/la chari'a, « Applicability of Sharia/Muslim Law in Western Liberal States » présenté par Pascale Fournier (11 septembre 2004).
[225] Islamic Society of North America, « ISNA Canada Position Statement: Muslim Tribunals in Ontario », (non daté).

aspect difficile du débat sur l'utilisation des principes religieux dans le cadre de l'arbitrage en matière de droit familial, à tout le moins en ce qui concerne certaines parties de la communauté musulmane. De telles revendications sont au cœur des arguments invoqués par certains intervenants à l'appui de leur revendication du droit à l'arbitrage selon le droit personnel musulman. Dans certains cas, des comparaisons problématiques et injustifiées ont été établies entre l'autonomie politique accordée aux Premières nations du Canada et celle accordée à la communauté musulmane en vue de justifier des revendications d'autonomie légale et politique accrue.

À cet égard, il faut souligner que les peuples autochtones, à la différence de tout autre groupe au Canada, possèdent des droits expressément reconnus par la *Loi constitutionnelle de 1982* du Canada. Ces droits découlent des rapports historiques et juridiques entre différentes Premières nations, les premiers habitants du territoire, et l'État canadien, souvent tissés dans des traités signés par les deux parties en tant que nations souveraines. La situation des peuples autochtones n'est pas comparable aux autres rapports ou obligations de l'État canadien touchant d'autres groupes ou personnes. Le statut unique des peuples autochtones est évident dans d'autres textes législatifs, tels que la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, une loi fédérale qui définit les minorités visibles comme étant « les personnes, autres que les autochtones, qui ne sont pas de race blanche ou qui n'ont pas la peau blanche » (c'est nous qui soulignons)[226]. Dans le contexte juridique et historique du pays, la comparaison de tout groupe de personnes aux Premières nations du Canada, que le groupe soit ou non distinct du point de vue culturel, ethnique ou religieux, démontre une mauvaise compréhension de la nature des rapports entre l'État canadien et les Premières nations. À mon avis, de telles comparaisons sont tout au mieux erronées.

Certains participants prônent ouvertement un régime juridique distinct qui régirait la vie des musulmans canadiens, à l'exclusion des autres Canadiens, dans le but d'obtenir l'autonomie politique de la communauté musulmane du pays. Bien que certains puissent réellement souhaiter la création d'un tel régime, d'autres, tant au sein de la communauté musulmane qu'à l'extérieur de celle-ci, soutiennent qu'un tel sentiment est fomenté par des intérêts étrangers ayant un programme islamique réactionnaire au Canada[227]. Certes, dans plusieurs démocraties occidentales, on trouve des indications selon lesquelles certaines mosquées et certains centres communautaires musulmans, qui soutiennent et proposent des points de vue extrémistes, sont financés par des sources étrangères. Il n'y a pas lieu de croire qu'une telle situation n'existe pas au Canada[228]. Les mosquées et centres communautaires ont pour rôle de favoriser divers degrés de ségrégation (sociale, juridique et politique) de la communauté musulmane par rapport à la population générale. De toute évidence, il s'agit d'une position qui n'est

---

[226] *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, c. 44, art. 3.

[227] Voir Syed Mumtaz Ali and Rabia Mills, « The beginnings of Muslim Civil Justice System in Canada » en ligne : < http://muslim-canada.org/DARLQADAform2andhalf.html>.

[228] Pour de plus amples renseignements sur le sujet, voir Gilles Kepel, Jihad: The Trail of Political Islam, Harvard University Press, 2002; voir aussi Martin Rudner, « Challenge and Response: Canada's Intelligence Community and the War on Terrorism » (2004) 11:2 *Canadian Foreign Policy* 17.

pas soutenue par tous les membres de la communauté et à laquelle d'autres s'opposent activement[229].

Quoi qu'il en soit, dans le cadre juridique actuel, l'établissement d'un régime juridique distinct à l'intention des musulmans en Ontario n'est pas possible. La création d'une voie légale distincte pour les musulmans exigerait une modification de notre système de justice que l'on peut difficilement envisager d'un point de vue pratique, social, juridique ou politique. De plus, il faut bien comprendre que l'arbitrage n'est pas un système parallèle, mais un mode de règlement extrajudiciaire des différends qui est assujetti à la surveillance du tribunal et ainsi subordonné au système judiciaire. Les affirmations selon lesquelles l'arbitrage offre en réalité un système de justice parallèle au système judiciaire traditionnel sont trompeuses et non fondées. En outre, il ne serait pas du tout souhaitable de favoriser la création d'un tel système.

Les Ontariens et Ontariennes ne souscrivent pas à la notion soulevée par l'expression « distinct mais égal » lorsqu'il est question des lois qui nous sont applicables. Par conséquent, la notion d'un régime juridique distinct à l'intention des musulmans en Ontario ou au Canada serait peu susceptible d'être acceptée dans l'ensemble de la communauté ontarienne. Une politique contraignant les gens à se soumettre à différents régimes juridiques en fonction de leur religion ou de leur culture serait contraire aux valeurs exprimées dans la *Charte*, qui sont importantes aux yeux des Ontariens et Ontariennes et que le gouvernement est tenu de respecter. L'égalité en vertu de la loi, ainsi que l'existence d'un régime juridique unique pour tous les Ontariens et Ontariennes, sont les pierres angulaires de notre société démocratique libérale. À n'en pas douter, [Traduction] « [l]'importance de l'égalité en tant que valeur sociale, juridique et politique dans la société canadienne a été reconnue de plusieurs façons depuis la Confédération[230] ».

Les Ontariens et Ontariennes sont disposés à accorder aux groupes minoritaires une grande indépendance culturelle et religieuse, tant et aussi longtemps qu'ils estiment qu'aucun préjudice n'est causé à l'ensemble de la communauté et à ses valeurs de tolérance, d'adaptation et d'autonomie individuelle. Plus particulièrement, l'engagement des Ontariens et Ontariennes vis-à-vis de l'égalité en tant que principe fondamental, du point de vue tant juridique que politique, reflète une croyance en l'égalité de la valeur morale de chaque personne, ainsi que le droit au même traitement par les lois qui s'appliquent à tous les citoyens de la province.

En dernier lieu, en tant que Canadiens, nous avons cherché à organiser nos institutions politiques et juridiques selon le principe de l'inclusion, qui tient compte des différences, et non d'après celui de l'exclusion, qui est fondé sur les différences. Une telle approche se trouve au cœur d'une politique de multiculturalisme et entre directement en conflit

---

[229] Les objectifs politiques ont été rejetés par Dar Ul Qada, dont les chefs ont expressément déclaré que leur projet visait les aspects sociaux et spirituels du règlement des différends. Soumission, Wasi Mazhar Mullah, (31 août 2004); soumission, B. Husain Bhayat (27 août 2004).

[230] Patricia Hughes, « Recognizing Substantive Equality as a Foundational Constitutional Principles » (1999) 22:2 *Dalhousie L.J.* 1 à la p. 21.

avec les revendications d'identité politique distincte émises par l'intermédiaire d'un système juridique distinct fondé sur les différences religieuses.

Le multiculturalisme

L'emploi de principes religieux dans les arbitrages des questions en matière de droit de la famille illustre le rôle fondamental joué par le droit de la famille pour déterminer qui sont les membres et qui ne sont pas les membres de la collectivité conformément aux propres normes de la collectivité. La capacité à surveiller ces limites représente un aspect fondamental de l'autodétermination pour toutes les collectivités. Cette question soulève la question fondamentale de l'équilibre entre les droits des groupes minoritaires et ceux des individus au sein de cette minorité. En ce sens, cette question touche à la tension de base inhérente dans le multiculturalisme.

Un bon nombre de ceux qui m'ont fourni des observations ont soulevé à maintes occasions les qualités et les défauts du multiculturalisme. Certains ont prétendu que le multiculturalisme comporte, pour les minorités religieuses, un droit garanti à l'arbitrage conformément à des principes religieux. Pour d'autres, le multiculturalisme risque d'être dénaturé pour permettre la mise en oeuvre de pratiques qui, en fin de compte, violeraient les droits de l'individu et seraient également « au détriment d'une maximalisation du bien du plus grand nombre »[231]. Ainsi, dans la plupart des observations, il était exclusivement question des droits des minorités ou des droits individuels.

D'un côté, certains de ceux qui m'ont fourni des observations n'accorderaient aucune protection de l'État aux droits des minorités culturelles et plus particulièrement aux droits des minorités religieuses. On a appelé cette prise de position le laïcisme absolu[232]. Selon ce point de vue, l'État doit s'abstenir de toute intervention dans les questions religieuses, et il doit être défendu aux autorités religieuses d'avoir quelque pouvoir que ce soit sur les questions réglementées par les lois de l'État. Ce modèle est celui qui est le plus souvent associé avec la situation en France.

L'approche dite du « laïcisme absolu » est fondée sur l'hypothèse voulant que les lois laïques traitent toutes les personnes également. Une lacune importante de cette prise de position est qu'elle ne reconnaît pas que certaines gens vivent leur vie d'une façon qui se rapproche davantage de leur foi que d'autres et qu'elles vivent le laïcisme comme une contrainte. Cette impression de contrainte est ressentie également par les personnes de toutes les confessions religieuses.

Les lois ontariennes s'inspirent de l'influence combinée des traditions judéo-chrétiennes et des traditions du Siècle des Lumières qui mettent l'accent sur l'individu et elles sont

---

[231] Pierre Magnan, « La Justice Minoritaire et le Mensonge du Plus Froid des Monstres Froids : Perspectives Libérales sur la Reconnaissance des Droits Minoritaires » (2000) 25 *Queen's L. J. 549* à la p. 551.

[232] Ayelet Shachar, Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, à la p. 73.

fondées sur la common law de l'Angleterre. Par conséquent, les lois de la province et leur application sont plus facilement assimilables par certaines cultures que d'autres et elles ont un impact disproportionné sur ceux qui ne font pas partie de la culture dominante. Il se peut que cet impact disproportionné serve à éloigner de la majorité de la société ceux qui ne se reconnaissent pas dans nos lois.

Un désavantage connexe de l'approche dite du « laïcisme absolu » est que, dans le contexte canadien, elle coupe l'accès à un mode d'expression juridique actuellement offert et qui pourrait faire en sorte que certaines interactions juridiques de base ait un sens. Permettre un lien entre les collectivités et les individus et les cultures (y compris leurs religions) d'origine et offrir un appui en ce sens constitue un aspect essentiel du multiculturalisme. Les liens avec un contexte culturel familier et historique nous fournissent des points de référence qui nous permettent de nous comprendre ainsi que les gens autour de nous. De cette façon, nos cultures nous aident à nous concevoir comme des individus cohérents jouissant du libre arbitre[233]. Un sens d'appartenance à notre collectivité d'origine et une participation à ses activités nous fournit [Traduction] « un contexte souple pour l'exercice de notre jugement et une perception claire de notre identité et de notre appartenance »[234]. On peut prétende que, au Canada, nos identités sont formées par le dialogue entre nos cultures d'origine et les influences culturelles qui nous entourent. Cela sera le cas, que nous soyons ou non de nouveaux arrivants au Canada.

D'un autre côté, il y a ceux qui accueilleraient avec plaisir ce qu'on pourrait appeler une politique de « non-intervention »; c'est-à-dire, une approche par le gouvernement qui permet aux groupes minoritaires de décider les questions « internes » avec l'intervention minimale de l'État ou sans aucune intervention de l'État. Une telle approche au multiculturalisme [Traduction] « conceptualise les affaires internes des groupes minoritaires comme étant totalement à l'extérieur du domaine des lois adoptées par l'État »[235]. Selon une telle conception des droits minoritaires, la collectivité musulmane et les autres collectivités qui arbitrent les questions en droit de la famille en utilisant des principes religieux, seraient capables d'agir ainsi en se basant sur les règles internes qu'elles adoptent, et l'État aurait aucun droit d'intervenir.

Dans le contexte de l'utilisation des principes religieux pour arbitrer les litiges en droit de la famille, il faut garder à l'esprit que, en plus d'avoir une fonction démarcative dans une collectivité, le droit de la famille joue aussi un rôle de distribution en accordant des droits et en imposant des obligations aux membres de la collectivité[236]. Une délégation de tous les pouvoirs en matière de droit de la famille à un groupe minoritaire lui confère non seulement le pouvoir de déterminer ses limites d'inclusion et d'exclusion, mais permet également à ceux qui exercent l'autorité dans une collectivité de déterminer le

---

[233] Charles Taylor, « The Politics of Recognition » dans Amy Gutman, dir., *Multiculturalism and the Politics of Recognition*, Princeton: Princeton University Press, 1994, à la p. 38.
[234] Will Kymlicka, Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights, Oxford, Claredon Press, 1995.
[235] Ayelet Shachar, « Reshaping the Multicultural Model: Group Accommodation and Individual Rights » (janvier 1998) 8 *W.R.L.S.I.* 83 à la p. 95.
[236] Ayelet Shachar, « Group Identity and Women's Rights in Family law: The Perils of Multicultural Accommodation » (1998) 6:3 *The Journal of Political Philosophy* 285 à la p. 300.

degré d'affranchissement des individus au sein du groupe. Une telle délégation de pouvoirs serait extrêmement problématique dans le cas où une collectivité est vue comme ayant peu d'égards pour les droits de certains membres, comme les femmes.

L'approche non-interventionniste [Traduction] « occulte ces violations des droits individuels fondamentaux des membres qui se produisent sous le couvert d'un groupe identitaire »[237]. En donnant la primauté au droit du groupe de se protéger lui-même contre les influences externes, les individus au sein du groupe dont les droits seraient violés doivent supporter le fardeau de la protection de la culture au sein de la société dominante. Par conséquent, l'autonomie individuelle est sacrifiée au nom de la survie du groupe.

La difficulté découlant de l'exclusion de certains pour des motifs religieux s'aggrave dans les cas où un groupe adopte des règles internes pour régler des questions qui peuvent l'être conformément à un régime juridique existant établi par l'État et auquel les citoyens de l'Ontario en général ont accès. Comme nous le savons, en Ontario, le régime de droit de la famille n'est pas obligatoire – il existe des protections limitées garanties par l'État distinctes du droit de se prévaloir d'un ensemble particulier de lois. Toutefois, il est totalement inacceptable qu'un individu perde la protection offerte au point de se voir privé d'un accès aux lois de l'Ontario parce qu'un groupe minoritaire exerce les pouvoirs qui lui ont été conférés. Il est, par conséquent, essentiel de veiller à ce tous puissent avoir accès à ces lois, quelle que soit la collectivité à laquelle ils appartiennent et que l'on ne confère pas à la collectivité le droit d'empêcher les individus d'avoir accès à ces lois.

Revenant à la discussion de la distinction public/privé, c'est pour les motifs mentionnés ci-dessus qu'une telle distinction est problématique, dans la mesure où elle a trait à la capacité de l'État de légiférer dans un domaine. Il est clair qu'il est nécessaire d'établir un équilibre entre l'intrusion de l'État dans la vie des citoyens et la capacité de l'individu de déterminer ses choix. Théoriquement [Traduction] « ...tout ce qui est considéré comme faisant partie de la vie privée échappe au pouvoir de réglementation de l'État et relève, à juste titre. du domaine de la tolérance. Par contre, dans tout ce qui est considéré comme faisant partie du domaine public l'intervention de l'État est justifiée »[238]. Ainsi, il est également important de reconnaître qu'une délimitation trop précise de la ligne de démarcation entre le domaine privé et le domaine public permettrait que la distinction serve à [Traduction] « empêcher que certains renseignements (renseignements qui constituent un aspect important de l'identité d'un groupe) soient discutés publiquement au motif qu'il s'agit d'une question privée, et non publique, tout particulièrement dans les cas où ce qui constitue une question privée est déterminé eu égard au degré de controverse que la question soulève »[239]. Il faut garder

---

[237] Ayelet Shachar, « Reshaping the Multicultural Model: Group Accommodation and Individual Rights » (janvier 1998) 8 *W.R.L.S.I.* 83 à la p. 95.

[238] Adeno Addis, « On Human Diversity and the Limits of Toleration » dans Ian Shapiro et Will Kymlicka, dir., Ethnicity and Group Rights, New York: New York University Press, 1997, à la p. 117.

[239] Adeno Addis, « On Human Diversity and the Limits of Toleration » dans Ethnicity and Group Rights, Ian Shapiro et Will Kymlicka, dir., New York, New York University Press, 1997, à la p. 134.

à l'esprit que la frontière entre le domaine privé et le domaine public évolue et fait constamment l'objet de négociation.

Dans une société multiculturelle et démocratique, une partie de cette négociation repose sur une compréhension des individus comme étant au carrefour de diverses identités. Une identité consisterait en l'adhésion de l'individu à une collectivité religieuse tandis qu'une autre consisterait en la citoyenneté du même individu au sein de l'État. Cependant, un grand nombre d'autres identités doivent être prises en compte.

> [Traduction] « Pour les tenants de l'opinion voulant que les individus soient au carrefour de diverses identités, l'identité personnelle est fragmentée, discursive, positionnée et imprégnée de multiples attributions. Comme Pierre Birnbaum le mentionne, selon la théorie multiculturelle contemporaine « « on conçoit [erronément] les individus comme les porteurs d'une identité culturelle idéalisée, unique, oppressive et quasi-essentialiste dont il est impossible de s'échapper. Une telle identité collective immuable est incompatible avec l'expression d'autres identités (sexuelle, religieuse, etc.) dans lesquelles il se pourrait que certains individus désirent se reconnaître à certains moments de leur existence. » » Les tenants de l'opinion voulant que les individus soient au carrefour de diverses identités reconnaîtraient, par contre, la *multidimensionnalité* des expériences des membres d'un groupe et prendraient en compte la possibilité de doubles ou triples désavantages auxquels certains membres du groupe sont exposés étant donné leurs *appartenances simultanées*. En outre, une telle opinion reconnaîtrait que les membres du groupe demeurent *toujours* au carrefour de multiples affiliations. Ils sont membres d'un groupe (adhérant parfois à plus d'une organisation) et, en même temps, ils sont citoyens de l'État »[240].

Ce dernier aspect est d'une importance cruciale pour nous, puisque dans une société libérale, démocratique et multiculturelle comme le Canada (et, de ce fait, l'Ontario) c'est la citoyenneté qui permet à l'adhésion à la collectivité minoritaire de prendre forme. En conséquence, le principal engagement politique de tous les citoyens, en particulier ceux qui désirent s'identifier à un niveau culturel ou religieux à une minorité à l'extérieur de l'ensemble de la société doit être de respecter les droits conférés à chacun d'entre nous comme Canadiens et Ontariens.

L'engagement à protéger les droits individuels s'inscrit au coeur de la structure juridique et politique de toute démocratie libérale et sert de fondement à la liberté de religion et d'expression et aux droits des minorités d'engager légitimement le dialogue avec la société élargie avec un tant soit peu de légitimité. Il est illogique et insoutenable de réclamer des droits minoritaires pour alors enchâsser des orthodoxies religieuses ou culturelles qui cherchent à violer les droits de certaines autres personnes. Le respect de la différence culturelle et des minorités ne devrait pas aller aussi loin. Il faut plutôt établir un équilibre entre, d'une part, le respect et la tolérance et, d'autre part, un engagement ferme à l'égard du libre arbitre et de l'autonomie des individus.

---

[240] Ayelet Shachar, « Group Identity and Women's Rights in Family Law: The Perils of Multicultural Accommodation » (1998) 6:3 *The Journal of Political Philosophy* 285 à la p. 296.

Cette limite à la tolérance et au respect se retrouve à plusieurs niveaux, notamment celui de la conscience publique des Ontariens. Les valeurs enchâssées dans la *Charte* alimentent nos discussions publiques et nous fournissent les lignes de conduite suivies lors de la mise en vigueur de la politique publique. Loin d'être seulement de belles paroles, j'ai vu et entendu dans quelle mesure cela demeure vrai pour les personnes de tous les points de vue. Les Ontariens que j'ai rencontrés et la plupart de ceux qui m'ont écrit croient en la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ils croient profondément dans les buts de la *Charte* qui sont la justice, l'équité et l'égalité pour tous les Canadiens. En ce sens, le multiculturalisme n'est pas perçu comme étant un droit illimité[241]. L'omission par une collectivité minoritaire ou une autre de faire preuve de respect à l'égard de normes juridiques, politiques et sociales largement respectées comme celles dont il est question ici, empêche sérieusement le public en général de croire que la collectivité minoritaire a la capacité et la volonté de traiter les droits et les obligations de ses membres comme ceux et celles des citoyens de la société élargie.

En ce qui a trait aux collectivités musulmanes, cette question se complique parce qu'il semble exister peu de tolérance à l'égard de l'hétérodoxie religieuse ou d'autres différences d'opinions[242]. Il est possible que la situation soit en train de changer, mais les voix musulmanes qui crient le plus fort à travers le monde et ici en Ontario sont extrêmement réactionnaires. Quiconque remet en question l'orthodoxie religieuse est souvent qualifié d'hérétique, et ceux qui contestent l'orthodoxie islamique se font souvent simplement dire qu'ils ne sont pas de vrais musulmans[243]. Les têtes dirigeantes au sein de la collectivité musulmane ont, à maintes reprises, fait des déclarations qui justifient le traitement inégal des femmes conformément à la loi musulmane[244]. Par conséquent, il est compréhensible qu'un grand nombre d'Ontariens éprouvent de la difficulté à croire que les droits des femmes seront respectés, dans le contexte d'arbitrages présidés par des imams ou d'autres membres de sexe masculin de la collectivité musulmane, ou que les droits individuels des membres de la collectivité seront honorés en cas de conflit en ce qui concerne l'interprétation de la loi musulmane utilisée.

Quoi qu'il en soit, l'intégration des groupes de minorités culturelles aux processus politiques généraux demeure cruciale pour les sociétés multiculturelles, libérales et démocratiques[245]. En se prévalant de la législation provinciale en vigueur depuis plus d'une décennie et utilisée par les autres, la collectivité. musulmane s'appuie sur la culture juridique dominante pour s'exprimer. En utilisant les instruments juridiques de la

---

[241] Voir : The Australian Law Reform Commission, *Multiculturalism and the Law: Report No.* 57, Australian Law Reform Commission, 1992 à la p. 9.
[242] Voir : Irshad Manji. The Trouble With Islam: A Wake-Up Call for Honesty and Change, Toronto, Random House Canada, 2003.
[243] Voir : Irshad Manji. The Trouble With Islam: A Wake-Up Call for Honesty and Change, Toronto, Random House Canada, 2003.
[244] Syed Mumtaz Ali, « An Update on the Islamic Institute of Civil Justice » News Bulletin, Canadian Society of Muslims, août 2004, à la p. 6.
[245] Will Kymlicka, Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights, Oxford, Clarendon Press, 1995, à la p. 150.

société en général, les collectivités minoritaires s'engagent ouvertement dans un dialogue institutionnel. En s'engageant dans un tel dialogue, une collectivité invite également l'État dans ses affaires, d'autant plus que la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, même dans sa formulation actuelle, énonce les motifs spécifiques pouvant justifier une intervention de l'État sous la forme de contrôle judiciaire. L'utilisation de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* par les collectivités minoritaires peut, par conséquent, être comprise comme une manifestation de la volonté de faire partie de la collectivité plus large.

Dans les sociétés multiculturelles comme la nôtre, ce type d'engagement vise, en fin de compte, à créer un [Traduction] « vrai sens d'identité partagé [et] l'intégration sociale »[246]. Bien entendu, pour que ce dialogue soit le meilleur possible, la présence de certains éléments est nécessaire. Par exemple, il faut allouer des ressources et faire des actes affirmatifs pour permettre aux collectivités de s'engager utilement l'une avec l'autre dans une discussion publique sur ce que signifie vivre ensemble en paix et en dans le respect mutuel.

Dans ce contexte, j'estime qu'il importe de chercher des solutions qui tentent, non seulement de respecter les droits des groupes minoritaires dans le contexte culturel et politique élargi de la société ontarienne, mais également veillent à ce que les individus faisant partie de cette minorité soient, à titre de citoyens de la province de l'Ontario, capables d'exercer leurs droits comme individus avec la plus grande facilité possible et un risque culturel et personnel minime.

La violence familiale : Une priorité de la politique publique

La violence familiale, un problème qui autrefois demeurait caché et que l'on considérait comme une question privée au sein du domicile, est maintenant vue par les gouvernements au Canada et dans de nombreux pays dans le monde comme une priorité importante de la politique publique. Cette prise de conscience a eu lieu à cause des efforts courageux et inlassables que les femmes ont déployés au cours des trente dernières années pour faire connaître la nature, la prévalence, la dynamique et les effets de la violence dans le milieu familial et convaincre les gouvernements de la nécessité et de la justification de l'action politique pour mettre un terme aux souffrances des individus et pallier les répercussions de la violence familiale sur l'économie, la société et la santé. Les femmes, utilisant une analyse féministe, en sont venues à comprendre que leur sexe constituait le principal facteur de violence contre elles dans le monde entier et qu'elles sont victimes de violence dans toutes les sociétés, cultures, régions, religions et groupes socio-économiques.

Se renforçant sur le plan international grâce à la Décennie des Nations Unies pour la femme, les femmes activistes ont réussi à faire adopter la *Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de la violence contre les femmes* par l'Assemblée générale en 1993.

---

[246] Adeno Addis, « On Human Diversity and the Limits of Toleration » dans Ethnicity and Group Rights, Ian Shapiro et Will Kymlicka, dir., New York, New York University Press, 1997, à la p. 128.

La *Déclaration des Nations Unies* définit la violence contre les femmes en ces termes :

> « ...tous actes de violence dirigés contre le sexe féminin, et causant ou pouvant causer aux femmes un préjudice ou des souffrances physiques, sexuelles ou psychologiques, y compris la menace de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou la vie privée. »
>
> « [la violence à l'égard des femmes] traduit des rapports de force historiquement inégaux entre hommes et femmes, lesquels ont abouti à la domination et à la discrimination exercées par les premiers et freiné la promotion des secondes, et qu'elle compte parmi les principaux mécanismes sociaux auxquels est due la subordination des femmes aux hommes »[247].

La *Déclaration* précise ensuite les diverses formes de violence visées :

> [Traduction] « L'article 2 de la Déclaration des Nations Unies précise que la définition de la violence contre les femmes devrait englober, mais ne pas être limitée aux actes de violence physique, sexuelle et psychologique exercée au sein de la famille et dans la collectivité. Ces actes comprennent les coups infligés aux épouses, les sévices sexuels infligés aux enfants de sexe féminin, les violences liées à la dot, le viol, y compris le viol conjugal et les pratiques traditionnelles préjudiciables à la femme telles que la mutilation de ses organes génitaux. Ces actes comprennent également la violence non conjugale, le harcèlement sexuel et l'intimidation au travail et à l'école, le trafic des femmes, la prostitution forcée et la violence perpétrée ou tolérée par l'État, comme le viol durant les conflits armés »[248].

Au Canada, jusque dans les années 1980, la violence à l'égard des femmes était considérée comme une question privée. Même si la « cruauté » était un motif de divorce avant la *Loi de 1968 sur le divorce*, il était difficile pour les femmes de démontrer qu'elles avaient été victimes de violence au sein de leur mariage et humiliant d'avoir à exposer publiquement le fait d'avoir été victimes de violence. À l'époque, lorsque les policiers recevaient une plainte de voies de fait entre époux, ils intervenaient parfois pour séparer les parties, mais des accusations étaient rarement déposées et si des accusations étaient déposées, elles faisaient rarement l'objet de poursuite sérieuse. Les peines infligées sur déclaration de culpabilité avaient tendance à renforcer l'impunité des contrevenants. Grâce à l'action politique du mouvement féministe, l'éducation publique sur la violence contre les femmes et des services conçus pour venir en aide aux femmes fuyant la violence familiale ont commencé à s'implanter dans diverses collectivités à travers le pays. Par conséquent, un mouvement visant à attirer l'attention du gouvernement sur la question a pris de l'ampleur, particulièrement dans le

---

[247] Résolutions Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de la violence contre les femmes, Rés. AG 48/104, Doc. Off. GAOR, supp. n° 49, Doc. NU A/48/49 (1993).

[248] Johns Hopkins School of Public Health and Center for Health and Gender Equity, « Issues in World Health, » dans XXVII: 4 Population Reports: Ending Violence Against Women, Baltimore, Johns Hopkins School of Public Health, Center for Health and Gender Equity, 1999.

contexte du débat sur l'inclusion des droits des femmes à l'égalité dans la *Charte des droits et libertés*.

Lorsque la question de la violence familiale a été débattue devant le Parlement en 1982, certains députés ont initialement traité le sujet comme une farce. Toutefois, le mouvement féministe a conclu des alliances avec d'autres groupes qui se souciaient de la violence contre les femmes et les enfants et ont fait en sorte que la question devienne un des principaux sujets de la réforme du droit et de l'élaboration des politiques. Le Comité canadien sur la violence faite aux femmes a été créé, et ses membres se sont déplacés dans tout le pays pour réunir des informations sur la gravité de la violence à l'égard des femmes. Dans son rapport, le Comité fournit une analyse détaillée de l'étendue, de la nature et des impacts de la violence sur les femmes et les jeunes filles au Canada, et s'appuyant sur une recherché approfondie, démontre que plus de la moitié des femmes au Canada subissent une forme quelconque de violence physique ou sexuelle, tel que défini dans le *Code criminel du Canada*[249]. La recherche a également démontré que, déjà exposées à un risque à cause de leur sexe, les femmes qui sont marginalisées, par la langue, la race, l'absence d'emploi ou un handicap, courent un plus grand risque d'être victimes de violence.

> La violence familiale se distingue des autres formes de violence fondée sur le sexe par le contexte où elle se produit (au domicile ou dans la vie privée) et la relation entre les contrevenants et les victimes (familiale). Lorsque la violence se produit dans le contexte de la famille, elle soulève des questions sur les lois et l'administration juridique des relations familiales. Est-ce que la violence au sein d'une famille est permise ou prohibée? Est-ce que la violence est, en pratique, tolérée ou pénalisée par les autorités? Est-ce que les victimes peuvent utiliser les recours civils (par exemple, le droit de divorcer, ordonnances d'interdiction de communiquer)? Dans les contextes où la violence au sein de la famille n'est pas prohibée par la loi (c'est-à-dire, criminalisée), les contrevenants jouissent d'une *immunité juridique*. Dans les contextes où elle est prohibée, mais où les lois ne sont pas appliquées, les contrevenants jouissent d'une *immunité sociale*[250].

Les militants anti-violence au Canada ont joint leurs efforts dans le but de persuader les gouvernements de la nécessité de faire appel au processus criminel pour aborder la question de l'abus au sein de la famille et pour soutenir, au moyen de programmes communautaires, les femmes et les enfants qui en sont victimes. Le *Code criminel* a été modifié en 1985 pour qu'il traite plus adéquatement des questions relatives à l'abus sexuel des enfants. Le viol entre conjoints, qui n'était pas reconnu comme un crime auparavant, y a été inclus à ce moment-là. Le *Code* a été à nouveau renforcé en 1994, par l'ajout d'un crime explicite de harcèlement criminel. Les initiatives politiques et législatives se sont poursuivies jusqu'à nos jours. Elles visent toutes à prévenir la

---

[249] Comité canadien sur la violence faite aux femmes, « Un nouvel horizon : éliminer la violence, atteindre l'égalité », 1993.

[250] Lisa Hajjar, « Religion, State Power, and Domestic violence in Muslim Societies: A Framework for Comparative Analysis » non publié soumis à l'étude par l'entremise du Conseil canadien des femmes musulmanes (23 juillet 2004).

violence faite aux femmes et aux enfants, à garantir que les agresseurs sont tenus responsables de leurs gestes et à exiger que la police, le ministère public, les juges et les fournisseurs de services acceptent d'assumer les responsabilités qui relèvent de leurs sphères de compétence.

Les lois portant sur la famille ont également été modifiées pour tenter d'éviter aux femmes et aux enfants qu'ils soient négligés ou abusés financièrement au moment où des relations sont rompues, à l'occasion d'un divorce, d'un décès, ou d'un abandon du domicile conjugal. Le gouvernement a autorisé le recours à des ordonnances civiles d'interdiction de communiquer. La législation en matière de protection de l'enfant, modifiée en l'an 2000, a accru l'obligation qui incombe à tous les citoyens d'intervenir pour protéger les enfants victimes d'abus ou de négligence[57]. Le gouvernement ontarien continue à élaborer des politiques, des programmes et une législation pour s'attaquer à la question de la violence familiale et pour que l'ensemble de la communauté s'engage à mettre fin aux abus perpétrés à l'endroit des femmes et des enfants.

En revanche, en dépit du fait qu'elles soient nécessaires, les modifications législatives sont nettement insuffisantes pour mettre fin à la violence familiale. Il est impératif que changent les attitudes et les croyances qui tolèrent les abus.

> [Traduction] L'omniprésence de l'impunité (de fait ou de droit) est un fait avéré. En effet, dans presque tous les pays, on rapporte que la violence familiale est « courante », bien que sa fréquence estimée soit variable. L'impunité suggère qu'il existe une réticence ou une résistance à l'idée de reconnaître que la violence perpétrée au sein de la famille constitue bel et bien de *la violence* et à la traiter comme telle. Lorsqu'on perçoit et nomme les corrections, le confinement, l'intimidation et les insultes comme de la « discipline » ou comme des « punitions » plutôt que comme de la « violence grave » ou de l'« abus », la nature du préjudice est masquée. En outre, si en vertu des croyances sociales dominantes quant aux relations familiales, les hommes ont le droit ou l'obligation de punir et de discipliner les femmes de leur famille, les moyens utilisés pour ce faire peuvent être perçus – et même louangés – comme nécessaires pour maintenir l'ordre à domicile et dans l'ensemble de la société. Le problème de l'impunité est exacerbé si en vertu des lois et des valeurs sociales, les structures familiales relèvent de la sphère privée et le pouvoir masculin (incluant le fait de dominer et d'agresser les femmes) est perçu par la population comme un facteur normatif [58].

---

[57] Lisa Hajjar, « Religion, State Power, and Domestic violence in Muslim Societies: A Framework for Comparative Analysis » non publié soumis à l'étude par l'entremise du Conseil canadien des femmes musulmanes (23 juillet 2004).

[58] Lisa Hajjar, « Religion, State Power, and Domestic violence in Muslim Societies: A Framework for Comparative Analysis » non publié soumis à l'étude par l'entremise du Conseil canadien des femmes musulmanes (23 juillet 2004).

La question de la violence familiale est au coeur de l'opposition au recours à l'arbitrage pour trancher les litiges en droit familial. L'idée d'autoriser l'arbitrage privé pour traiter ce type de différends suscite une vive appréhension. En effet, ceux qui s'y opposent craignent, d'une part, que la violence familiale reste ainsi à l'abri des regards, alors qu'au contraire, elle devrait être mise en lumière et, d'autre part, que cela permette aux agresseurs de ne pas être tenus responsables de leurs actes. Les défenseurs des droits des femmes ont toujours cru qu'il sera difficile, voire impossible, que les femmes soient traitées équitablement dans des instances alternatives de règlement des différends, surtout si elles ont été victimes de violence familiale. Les partisans de cette thèse pensent ainsi en raison du déséquilibre inhérent et ininterrompu entre le pouvoir des hommes et celui des femmes. Comme les auteurs d'abus familiaux utilisent la violence pour contrôler leur partenaire et leurs enfants de même que pour perpétuer ce contrôle, ils ont tendance à adopter le même comportement après la rupture de la relation. Ils le font en refusant d'accorder un soutien financier adéquat, en utilisant les litiges quant à la garde et aux droits d'accès pour continuer à exercer leur pouvoir et, dans les cas les plus extrêmes, en menaçant même de kidnapper les enfants ou en mettant cette menace à exécution si le partenaire en obtient la garde. Comme nous l'avons vu dans la section 4, les opposants à l'arbitrage croient fermement que les tribunaux, aussi imparfaits soient-ils, offrent la meilleure protection qui soit contre les tentatives systématiques des agresseurs de maintenir leur pouvoir et leur contrôle.

Ces craintes relatives à l'arbitrage ont été exprimées à l'égard de toutes les femmes. Elles ont toutefois été exacerbées lorsqu'il a été question que ce soit les règles du droit de la famille musulman qui soient appliquées. Comme nous l'avons noté dans la section 4, dans le cadre de la présente enquête, nous avons entendu à de nombreuses reprises que le contexte social et familial dans lequel vivent les femmes musulmanes augmente leur vulnérabilité et complexifie les actions qu'elles pourraient entreprendre pour garantir leur sécurité et celle de leurs enfants.

> [Traduction] La violence familiale est étroitement et directement liée à l'inégalité des hommes et des femmes. Certains, toutefois, contestent la légitimité du principe de l'égalité des sexes. Dans de nombreuses régions du monde, cela entrave et complique les efforts pour traiter la violence familiale comme un problème social. Il y a une forte et omniprésente opposition à la notion que les hommes et les femmes *devraient être égaux* dans le contexte familial. Il en découle la croyance selon laquelle il est légitime (c.-à-d. naturel ou décrété par la volonté divine) que les relations familiales soient hiérarchiques. Dans les sociétés musulmanes, cette croyance découle de la charia et est renforcée par elle, puisque l'interprétation qu'on tend à en donner accorde aux hommes le pouvoir sur les femmes de leurs familles. Ainsi, l'inégalité des sexes est reconnue et justifiée en termes religieux au motif que Dieu a fait des hommes et des femmes des êtres « essentiellement » différents. Ainsi, les rôles, les obligations et les droits familiaux de chacun sont différents et donc complémentaires. Or,

> selon cette interprétation des textes, cette complimentarité est cruciale pour la cohésion et la stabilité de la famille et de la société[59].

Les participants à l'étude ont fait part de leurs histoires personnelles de discrimination en expliquant comment les attitudes en termes d'inégalité sont profondément ancrées dans la société musulmane et comment les femmes qui sont victimes d'abus sont incapables d'obtenir l'aide appropriée au sein de leur communauté. Ils craignent que l'arbitrage qui utiliserait les normes musulmanes ne garantisse l'impunité aux hommes agresseurs. Il ne fait aucun doute que certains membres dirigeants de la communauté musulmane canadienne continuent à admettre et à justifier les abus faits aux femmes. Alors que j'écrivais le présent rapport, Sally Armstrong a écrit un article intitulé [Traduction] « La justice criminelle », dans lequel elle cite directement l'imam Aly Hindy qui prend régulièrement la parole à la mosquée Salaheddin à Toronto :

> [Traduction] Il soutient que son point de vue sur les femmes battues est fondé sur le Coran. « Vous devez procéder par étapes », a-t-il dit. « Premièrement, vous discutez longuement avec elle. Deuxièmement, vous refusez d'avoir des relations sexuelles avec elle, parce que cela l'insultera. Vous n'avez pas besoin de la frapper à moins qu'elle ne soit rebelle et désobéissante. » Il est d'avis qu'une femme a tort si elle appelle la police sans avoir été *sévèrement* battue. « Elle devrait s'adresser à moi. Je parlerais alors à l'homme, je ferais un suivi et je déciderais ensuite s'il s'agit d'un homme bon. Puis, je recommanderais à la femme de le pardonner. »[60]

La recherche effectuée dans le cadre de la présente étude de même que les mémoires qui ont été préparés ont clairement démontré que de nombreuses formes d'abus familial sont fondées, au sein de la communauté musulmane, sur des extraits précis du Coran et des hadiths. Il ressortait tout aussi clairement qu'il y a un courant puissant au sein de cette communauté pour réexaminer l'interprétation conservatrice du droit musulman quant aux questions telles celles des femmes battues, du viol entre conjoints, des mariages forcés et de l'inégalité du statut de la femme.

> La charia devrait-elle être interprétée de telle sorte qu'elle sanctionne, limite ou interdise la violence familiale? Cette question fait l'objet de débats. Dans les contextes où l'interprétation de ce texte religieux autorise la violence faite aux femmes par les membres de leurs familles, les préjudices qu'elles subissent ne sont non seulement pas sanctionnés, mais ils ne sont même pas reconnus comme étant *des préjudices*. Toutefois, de telles interprétations ne font pas consensus au sein des sociétés musulmanes. Elles ne sont même pas acceptées par

---

[59] Lisa Hajjar, « Religion, State Power, and Domestic violence in Muslim Societies: A Framework for Comparative Analysis » non publié soumis à l'étude par l'entremise du Conseil canadien des femmes musulmanes (23 juillet 2004).

[60] Sally Armstrong, « *Criminal Justice* » Chatelaine, (novembre 2004) 152 à la p. 158.

> tous au sein des sociétés où la violence dans les familles est autorisée sur la base de la charia[61].

De nombreux participants ont invité avec insistance la communauté musulmane à prendre des mesures actives pour contrer les attitudes traditionnelles de tolérance vis-à-vis de la violence faite aux femmes. Wahida Valiante, du Congrès islamique canadien, elle-même travailleuse sociale et universitaire, est représentative de ces points de vue :

> [Traduction] Nous voilà toutefois en présence d'une bien triste situation. La plupart des musulmans disent considérer le Coran comme la source la plus importante pour traiter toutes les questions islamiques. Or en pratique, il semble que les « traditions » ont davantage d'influence pour déterminer notre conduite. C'est à l'égard du traitement fait aux femmes que cette attitude est la plus flagrante. Les valeurs et les attitudes traditionnelles portées par des considérations politiques et culturelles et liées en raison d'interprétations historiques et géographiques à certains mots du Coran ont été utilisées pour autoriser la violence faite aux femmes dans les familles musulmanes.
>
> Au fil des siècles, la situation critique de la famille musulmane et surtout des femmes musulmanes dans la plupart des pays musulmans, n'est pas due à quelque déficience de la pensée intellectuelle, philosophique ou idéologique islamiques. Au contraire, elle découle de la mise en oeuvre des principes islamiques de base en matière d'égalité et de justice. En réalité, le système de la famille patriarcale qui prévaut dans les pays musulmans n'est pas le reflet de la vision islamique mondiale sur les relations conjugales et familiales. En outre, cette organisation de la famille a besoin d'être réexaminée de façon critique à la lumière des connaissances actuelles du Coran et des traditions prophétiques. Ce serait courir le risque d'accroître les préjudices physiques, psychologiques et émotifs subis par les femmes que de continuer à perpétuer ces points de vue traditionalistes quant aux relations hommes-femmes[62].

L'Association nationale de la femme et du droit a souligné elle aussi qu'il existe un potentiel considérable de changement dans l'attitude envers le droit des femmes à l'égalité :

> [Traduction] Les féministes musulmanes et les réformateurs islamiques soutiennent de plus en plus que le Coran et l'exemple du Prophète peuvent

---

[61] Lisa Hajjar, « Religion, State Power, and Domestic violence in Muslim Societies: A Framework for Comparative Analysis » non publié soumis à l'étude par l'entremise du Conseil canadien des femmes musulmanes (23 juillet 2004).

[62] Wahida Valente, « *Domestic Violence—An Islamic Perspective* » (discours-programme prononcé au Centre et Mosquée de London, 26 juin 2004).

> militer très clairement en faveur de la thèse favorisant l'octroi de droits accrus pour les femmes. Un courant de plus en plus marqué chez les féministes islamiques conteste le modèle des droits et obligations conférés à chaque sexe par la jurisprudence et le discours traditionnel islamique et fait la promotion d'une interprétation et d'une compréhension du droit et de la justice islamiques qui soit plutôt empreinte du principe d'égalité des sexes. Des musulmans contemporains tels Abdullahi An-Na'im et Fatima Mernissi ont réexaminé les sources et ont conclu que l'islam prône l'égalité des droits pour les hommes et les femmes[63].

D'autres membres de la communauté musulmane, dont le Conseil islamique des imans – Canada, CAIR-CAN, le Conseil canadien des femmes musulmanes et Masjid El Noor, ont reconnu que les membres de la communauté elle-même doivent unir leurs efforts pour garantir que les mesures appropriées seront mises en oeuvre pour faire face à la violence qui y est perpétrée. Des changements de cette nature ne peuvent pas s'opérer par le biais d'une législation émanant des gouvernements. Ils doivent plutôt provenir de la communauté elle-même après avoir fait l'objet d'études, de discussions et d'interprétations sérieuses des principes sacrés.

Lisa Hajjar soutient que :

> [Traduction] En dépit du fait que la charia soit d'une importance cruciale pour comprendre les relations familiales dans les sociétés musulmanes, elle n'est pas un outil pour expliquer le problème de la violence familiale. Les explications trouvent plutôt leur origine dans l'analyse de la relation entre le droit religieux et le pouvoir de l'état puisque cette dernière a un impact tant sur l'acceptation ou l'interdiction de la violence au sein des familles que sur les droits des femmes...
>
> Le rôle de l'état est particulièrement important dans toutes les discussions sur la violence familiale puisque les états sont investis de la responsabilité d'interdire et de sanctionner *la violence*. [...] Même dans les sociétés où les droits des femmes sont protégés par une solide législation, la prévalence de la violence familiale illustre l'existence d'une difficulté tenace à mettre en oeuvre une solution légale. Ainsi, tout comme le statut et les droits des femmes au sein de la famille varie considérablement, l'étendue globale de la violence familiale suggère qu'il existe une complicité interétatique des agents nationaux de même que des forces politiques dont dépendent les pouvoirs de ces derniers et le soutien dont ils bénéficient pour créer des conditions qui favorisent l'impunité. La reconnaissance de ce fait est une réplique importante aux

---

[63] Soumission, l'Association nationale de la femme et du droit, Conseil canadien des femmes musulmanes et Organisation nationale des femmes immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible du Canada, Natasha Bakht, « Family Arbitration Using Sharia Law : Examining Ontario's Arbitration Act and its impact on women » (13 septembre 2004).

> stéréotypes culturels selon lesquels les femmes musulmanes sont particulièrement vulnérables[64].

Durant le processus d'enquête, la plupart des intervenants qui se sont dits inquiets du phénomène de la violence familiale à l'endroit des femmes ont également traité de la vulnérabilité des enfants. Ils savent que les tribunaux canadiens continuent à avoir compétence sur les questions relatives aux enfants lorsque des relations sont rompues. Ces instances doivent d'ailleurs rendre des décisions conformément à meilleur intérêt de l'enfant. Cela n'est toutefois par le cas dans de nombreux pays régis par le droit musulman. Dans sa présentation, l'organisme *Justice for Children and Youth* souligne que :

> [Traduction] La plupart des pays qui appliquent la loi islamique se sont prévalus d'une option de non-participation aux dispositions de la *Convention relative aux droits de l'enfant* qui étaient en conflit avec la charia... Plus précisément, ils s'opposaient aux articles qui garantissaient l'égalité des enfants indépendamment de leur sexe et les droits des enfants adoptés. La charia ne reconnaît pas l'adoption et a fortiori, les droits des enfants adoptés. Seuls les enfants biologiques nés de parents mariés jouissent d'un statut dans la famille. Cela leur confère notamment le droit à un soutien financier et à ce que la considération principale pour rendre des décisions à leur égard soit « leur meilleur intérêt ». La charia peut expressément priver un enfant de la liberté de religion. Elle peut également interdire à un enfant de mettre fin à ses croyances islamiques... Nous ne pouvons pas souscrire à une politique gouvernementale qui permet à des parents de renoncer aux droits à l'égalité premièrement de leurs enfants de sexes féminin et masculin, deuxièmement de leurs enfants issus d'une union matrimoniale et de ceux qui ne le sont pas et finalement de leurs enfants adoptés, et ce, en choisissant de participer à un processus décisionnel qui ne reconnaît pas les droits et avantages accordés à tous les enfants par les lois canadiennes et ontariennes[65].

J'ai choisi de traiter de le meilleur intérêt des enfants dans la section qui porte sur la violence familiale parce qu'il est fréquent que des parents agresseurs utilisent leurs enfants comme des objets de chantage dans leurs litiges, et tentent, par le biais des droits de garde, des droits d'accès et de la pension alimentaire, de continuer à contrôler et harceler un ex-conjoint.

> En vertu de la charia, la garde des enfants est essentiellement accordée à l'époux. Dans le cas de très jeunes enfants, il y a une garde conjointe

---

[64] Lisa Hajjar, « Religion, State Power, and Domestic violence in Muslim Societies: A Framework for Comparative Analysis » non publié soumis à l'étude par l'entremise du Conseil canadien des femmes musulmanes (23 juillet 2004).

[65] Soumission, Martha McKinnon pour de Justice for Children and Youth, « *Sharia Law and Children's Rights* » (11 novembre 2004).

> uniquement jusqu'à ce que l'enfant atteigne l'âge de 7 ans, [à compter de quoi] l'époux obtient la garde complète. Il ne semble pas qu'il existe une disposition qui exige que les décisions soient prises dans le meilleur intérêt de l'enfant ou en tenant compte des souhaits de ce dernier s'il est en mesure de les exprimer. La question de la garde est plutôt traitée comme un droit exclusivement parental... les préoccupations exprimées quant à l'impunité des agresseurs qui a pour effet de brimer les droits à l'égalité des femmes, sont d'autant plus vives à l'égard des enfants. Ces derniers sont très vulnérables au sein de la famille, non seulement à cause de leur taille, mais également en raison de leur dépendance financière[66].

Lorsque les parents sont des immigrants, la vulnérabilité des femmes et des enfants est accrue. Les femmes qui ont été parrainées par leur conjoint ignorent peut-être que les arrangements de parrainage peuvent être rompus sans qu'elles perdent leur statut au Canada, dans les cas où la violence a causé la rupture du couple. Craignant d'être renvoyées dans leurs pays d'origine sans leurs enfants, souvent nés au Canada, si elles cessent d'être parrainées, elles peuvent accéder aux exigences déraisonnables d'un conjoint agresseur.

Un grand nombre de participantes ont exprimé très clairement craindre que les enfants ne soient retournés dans le pays d'origine de la famille et qu'ils perdent le contact avec l'autre parent, indépendamment d'une part des arrangements quant à la garde et aux droits d'accès et d'autre part du droit familial appliqué. Le *Code criminel canadien* et la *Convention de la Haye* traitent de l'enlèvement d'enfants par un parent. Or, de nombreux pays, particulièrement dans le monde musulman, ne sont pas signataires de la *Convention* et le recours aux procédures criminelles suppose que la partie contrevenante soit poursuivie au Canada. De nombreuses femmes, tant de la culture dominante que des cultures minoritaires, sont disposées à renoncer à leurs propres droits pour garantir la sécurité de leurs enfants. Elles croient les menaces proférées par leurs conjoints agresseurs selon lesquelles elles ne reverront jamais leurs enfants à moins qu'elles ne se plient à leurs demandes. Dans de nombreux cas, les pays musulmans d'origine requièrent la permission du mari pour que l'épouse ou les enfants obtiennent un visa. Cela arrive souvent même si un divorce canadien a été prononcé. Ainsi, un ex-conjoint agresseur peut réussir à empêcher son ex-épouse et ses enfants d'avoir des contacts avec sa famille à elle, et ce, en refusant de donner son consentement à l'émission du visa[67].

Selon la plupart des participants, il est manifeste qu'en raison de l'impact de la violence familiale sur les femmes et les enfants, la question doit être soulevée lorsque surviennent des litiges en droit de la famille. De nombreux participants ont souligné l'importance d'exiger l'examen de la question de l'abus, non seulement dans le cadre du processus de médiation, mais également dans le cadre de l'arbitrage. Cela est nécessaire pour garantir que la violence a été prise en considération pour déterminer si le recours à l'arbitrage a été le fruit du libre arbitre des deux conjoints ou pour

---

[66] Soumission, Martha McKinnon pour de Justice for Children and Youth, « *Sharia Law and Children's Rights* » (11 novembre 2004).

[67] Soumission, individus avec International Campaign Against Shariah Court in Canada.

déterminer si le processus offre suffisamment de protection aux parties vulnérables. Certains sont d'avis que les arbitres devraient être tenus responsables d'une manière ou d'une autre de la sécurité de leurs clients.

Section 7: Suggestions soumises dans les mémoires

Certains participants à l'étude étaient si convaincus que l'arbitrage ne devait pas être permis dans les affaires de droit de la famille et plus encore, qu'il fallait interdire l'arbitrage fondé sur des principes religieux, qu'ils refusaient de soumettre quelque suggestion que ce fût sur la question de savoir comment la *Loi sur l'arbitrage* ou d'autres lois pourraient être modifiées pour protéger les personnes vulnérables. C'est ce que fait valoir le mémoire de l'ANFD en relevant le genre de questions qui appellent une réponse :

> [Traduction] Nous n'avons pas abordé les stratégies de réforme du droit dans ce mémoire, car nous sommes d'avis qu'une large consultation des différents groupes, musulmans et non musulmans, est nécessaire pour identifier et évaluer les stratégies visant à garantir que les droits à l'égalité que la Constitution garantit à la femme ne sont pas violés dans le processus d'arbitrage. Il est primordial de trouver la réponse à certaines questions, par exemple : est-il possible d'incorporer dans le processus d'arbitrage des dispositifs de protection, qui protégeront convenablement les femmes? Peut-on surmonter les limitations inéluctables de tels dispositifs de protection? Est-il possible de réinventer les méthodes de résolution extrajudiciaire des conflits de façon à répondre aux préoccupations des femmes[251]?

D'autres répondants voient cependant dans le processus de révision un premier pas en direction de la résolution de ces questions. Un grand nombre suggèrent des changements concrets qui, à leur avis, traiteraient certains risques possibles qui menacent les individus vulnérables si les conflits familiaux continuent à se faire résoudre par la médiation ou l'arbitrage. Comme nous l'avons vu, en particulier dans la section 4, même les répondants qui sont en faveur du recours à l'arbitrage pensent que les méthodes de résolution extrajudiciaire requièrent des dispositifs de protection pour que les individus vulnérables qui optent pour l'arbitrage jouissent d'un degré de protection de leurs droits semblable à celui qu'ils obtiendraient en allant en justice.

Formation des médiateurs et des arbitres

Beaucoup de commentateurs décrient l'absence de réglementation et de normes de qualification pour les arbitres, en faisant observer que la *Loi sur l'arbitrage* ne définit les normes de formation ni ne prévoit un code de déontologie régissant l'exercice des fonctions en la matière. Quelle que soit leur position sur l'application des préceptes religieux dans l'arbitrage en droit de la famille, la plupart des mémoires insistent sur la nécessité de fixer des qualités requises et des normes minimales pour les médiateurs comme pour les arbitres. Ainsi que l'a fait observer Syed Mumtaz Ali de l'Islamic

---

[251] Soumission , l'Association nationale de la femme et du droit, Conseil canadien des femmes musulmanes et Organisation nationale des femmes immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible du Canada, Natasha Bakht, « Family Arbitration Using Sharia Law : Examining Ontario's Arbitration Act and its impact on women » (13 septembre 2004).

Institute for Civil Justice, l'un des défenseurs les plus résolus de normes plus rigoureuses :

> [Traduction] Nous avons toujours insisté sur le fait que l'une des principales raisons pour lesquelles l'Institut a été créé était d'apporter un peu d'ordre et de discipline à un code de déontologie qui semble avoir engendré un pullulement d'« arbitres » mal- nommés dans les allées sombres et les ghettos fermés, lesquels arbitres ont tendance à prospérer… Le fait est qu'un bon nombre de dirigeants de l'Institut ont terminé avec succès les cours approuvés de l'ADR Institute sur les règles de droit et de procédure de l'arbitrage[252].

Au minimum, la grande majorité des participants estime que médiateurs comme arbitres en droit de la famille doivent connaître la législation régissant tous les aspects du droit de la famille au Canada et en Ontario (comme la *Loi sur le droit de la famille*, la *Loi sur le divorce*, la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, et la *Loi portant réforme du droit des successions*) ainsi que de la *Loi sur l'arbitrage* elle-même. En outre, la plupart des répondants se prononcent en faveur de l'obligation faite aux médiateurs et aux arbitres de connaître la *Charte canadienne des droits et libertés*. À leur avis, les valeurs exprimées dans la Charte doivent être intégrées dans les choix de politique générale que fait le gouvernement pour ce qui est de l'arbitrage et de la résolution extrajudiciaire des conflits.

Un grand nombre de ceux qui s'intéressent à la médiation et à l'arbitrage dans les conflits de famille parlent de la nécessité pour médiateurs et arbitres d'être instruits sur la dynamique et les risques de la violence conjugale. M^me^ Barbara Landau, avocate, psychologue et médiatrice, a soumis la recommandation détaillée suivante au groupe d'étude :

> [Traduction] Je pense que tous les médiateurs et arbitres doivent avoir un minimum de formation de base en compétences professionnelles, en droit canadien de la famille et en dépistage de la violence au foyer. Si un contrat est conclu par coercition, il n'et pas valide. Les médiateurs DOIVENT dépister la violence au foyer en évaluant l'homme et la femme pour voir si le processus leur convient. Les normes définies par l'OAMF (Ontario Association of Family Mediators) ou Médiation familiale Canada, et l'Arbitrage Institute of Ontario pourraient, avec les adaptations nécessaires, servir de base pour répondre aux besoins spéciaux de ces médiateurs et arbitres. Ce programme ne serait pas spécifique à quelque groupe religieux que ce soit, mais enseignerait les principes et les méthodes de médiation et le droit en matière d'arbitrage ainsi que le droit de la famille, et comprendrait au moins deux jours d'études sur la violence au foyer et le rapport inégal des forces[253].

---

[252] Soumission, Syed Mumtaz Ali, « An Update on the Islamic Institute of Civil Justice » (août 2004).
[253] Soumission, Dr. Barbara Landau (6 septembre 2004).

Certains répondants préconisent l'inscription obligatoire à l'une ou l'autre des associations professionnelles qui ont été créées ces dernières années pour définir les normes applicables aux médiateurs et aux arbitres; à l'heure actuelle, l'inscription est entièrement volontaire. Parmi ces groupements professionnels, on peut compter, entre autres, Médiation familiale Canada, l'ADR Institute, l'Association ontarienne de médiation familiale, l'Association for Conflict Resolution, et l'Arbitration Institute of Ontario. Les conditions d'admissibilité comprennent la satisfaction aux normes spécifiques d'instruction et de formation, ainsi que l'adhésion au code de déontologie établi pour la profession.
D'autres croyaient que des compétences professionnelles données, qu'elles soient en droit, en travail social ou en psychologie, suffiraient à la tâche, surtout si le détenteur était aussi membre d'un corps professionnel auto-gouvernant. D'autres encore voulaient que le groupe d'étude reconnaisse que la formation religieuse de longue durée de rabbins et de certains imams leur donne la compétence pour faire de la médiation ou de l'arbitrage dans un contexte religieux.

Plusieurs répondants soulignaient que le gouvernement de l'Ontario a défini les qualités requises de ceux qui assurent les services de médiation en marge du tribunal judiciaire, et que celles-ci traduisent la nécessité de normes minimales d'instruction et de formation là où des services financés par le gouvernement sont assurés. Il est utile d'avoir un aperçu de ces normes; dans sa demande de propositions de services de médiation familiale et d'information à assurer auprès de la Cour de la famille, le ministère du Procureur général définit comme suit les normes à observer par les organismes bénéficiaires de paiements de transfert :

[Traduction]

(a) Instruction, formation et expérience

Le prestataire de services doit s'assurer qu'au minimum, les médiateurs justifient de l'instruction, ainsi que de la formation et de l'expérience en médiation familiale, comme suit :

1) un diplôme professionnel ou l'équivalent (expérience considérable et ayant un rapport direct avec le domaine);
2) un minimum de 50 heures de formation en médiation familiale (cours de base et cours supérieur); et
3) un minimum de 100 heures de surveillance et/ou un minimum de cinq affaires dans lesquelles son intervention a abouti à un règlement, sous la surveillance ou avec consultation d'un médiateur en exercice/agréé de l'Association ontarienne de médiation familiale (AOMF) ou d'un médiateur certifié de Médiation familiale Canada (MFC).

Les médiateurs qui produisent la preuve de leur agrément par l'AOMF ou de leur certification par MFC, seront réputés satisfaire aux conditions de formation et d'expérience en médiation familiale ci-dessus.

(b) Connaissances, compétences et autres qualités personnelles

Le prestataire de services s'assurera que les médiateurs justifient aussi des connaissances, compétences, aptitudes et autres qualités personnelles suivantes :

Connaissances

1) négociation, conciliation, gestion des conflits et processus de médiation;
2) dynamique familiale et développement de l'enfant;
3) règles de droit touchant les questions soumises à la médiation, y compris :
   - la procédure de séparation et de divorce;
   - les grandes tendances jurisprudentielles touchant les questions ci-dessus; et;
   - les lois qui peuvent aider et protéger les femmes victimes de violence;
4) effets de la séparation et du divorce sur les père et mère, les enfants et la parentèle;
5) connaissance approfondie des causes du rapport inégal des forces, et aptitude à reconnaître les indices de ce rapport inégal chez leurs clientes;
6) dans le cours de la médiation, connaissance des techniques servant à remédier, en toute impartialité, au rapport inégal des forces;
7) indices de violence/sévices au foyer;
8) procédures et outils de détection des sévices avant et durant la médiation;
9) besoin et procédure de planification des mesures de sécurité pour les clientes et pour le personnel;
10) ressources communautaires et ressources éducatives à recommander aux clientes ou à utiliser dans le processus de médiation;
11) options de résolution extrajudiciaire des conflits;
12) sujets de préoccupation publics actuels au sujet de la médiation; et
13) questions multiculturelles dans la résolution des conflits.

Compétences

1) compétences supérieures en communication et en relations interpersonnelles;
2) compétences supérieures en enquête, interrogation et évaluation;
3) compétences prouvées en gestion de cas;
4) aptitude à évaluer l'inégalité dans le rapport des forces pour décider si la médiation est une option souhaitable;
5) aptitude à utiliser les techniques propres à remédier au rapport inégal des forces;
6) les médiateurs pratiquant la médiation totale doivent comprendre et savoir utiliser les divers documents financiers applicable, dans les cas où se pose la question des aliments ou du partage des biens (par exemple, états financiers produits en justice, budget, états financiers établis par les comptables).

Qualités personnelles

1) nature non autoritaire, non sectaire; respect de l'autonomie de la cliente;
2) chaleureux et compréhensif;
3) aptitude à se montrer ferme et assertif;
4) aptitude à appliquer les méthodes efficaces de résolution des conflits;
5) sensibilité aux différences culturelles;
6) aptitude à respecter l'échéance prévue;
7) jugement professionnel;
8) souplesse d'esprit;
9) aptitude à rester calme, lucide et prévenant devant l'hostilité et la tension;
10) aptitude à résoudre les problèmes, à se montrer clair, créatif et imaginatif;
11) intuition et perception;
12) sensibilité aux problèmes de violence au foyer;

13) patience.[254]

Certains participants sont d'avis que ces conditions doivent être satisfaites chez les services privés de résolution de différends, y compris de médiation et d'arbitrage, et non seulement dans les services financés par l'État.

Bien que les tâches des médiateurs et des arbitres soient semblables, les arbitres sont habilités à rendre des décisions exécutoires, et non pas juste pour faciliter la conclusion par les parties d'un accord qui sera soumis à la justice pour confirmation. Nombre de répondants estiment qu'il est essentiel d'exiger des arbitres des qualités supplémentaires, en sus de celles requises des médiateurs. Ils estiment que les arbitres doivent comprendre et être à même d'appliquer les règles de preuve du droit canadien. En outre, ils pensent que les arbitres doivent être en mesure de rédiger leurs décisions, afin que celles-ci et les motifs y relatifs soient parfaitement compris, sinon acceptés, par les parties et, en cas de recours en contrôle judiciaire, par la juridiction saisie de l'affaire. Et surtout, ils soutiennent que les arbitres doivent être à même d'assurer aux parties un « processus juste et équitable », au sens où ce concept s'entend dans le contexte canadien.

Certains participants soutiennent qu'il faut reconnaître « l'équivalence » de l'instruction et de l'expérience pour les arbitres qui ont fait de longues études de droit. Les mémoires de la Beis Din font état de la longue formation reçue par les rabbins judiciaires avant qu'ils n'exercent des fonctions d'arbitre. Ils soutiennent éloquemment qu'une formation supplémentaire n'est pas nécessaire lorsque pareilles qualités son déjà acquises.

> [Traduction] Il y a deux qualités que nous exigeons de nos arbitres réguliers. Il faut qu'ils soient rabbins ordonnés et un niveau d'ordination supérieure est nécessaire pour les juges rabbiniques.
>
> La formation rabbinique normale nécessite des années d'études. Dès l'école élémentaire et pendant tout le cycle secondaire chez les juifs, le Talmud est étudié en profondeur, surtout dans le domaine des délits civils et de la procédure. Pour pouvoir s'inscrire au programme d'ordination rabbinique, il faut justifier d'au moins quatre années d'études talmudiques post-secondaires. Cette condition peut varier légèrement d'un programme rabbinique à l'autre, mais descend rarement au-dessous de quatre années d'études post-secondaires. Les études sont en grande partie centrées sur la loi talmudique. Le programme d'ordination talmudique requiert normalement quatre années de plus.
>
> Cette ordination rabbinique ne fait pas de quelqu'un un juge, bien que le gros des huit années d'études post-secondaires ait été consacré à la loi talmudique.

---

[254] Ministère du Procureur général, «Appel de propositions de services de médiation familiale et d'information auprès de la Cour de la famille, Cour supérieure de justice » Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, décembre 2003.

> Pour être admissible aux études de *Dyan*, ou de juge talmudique, il faut être ordonné rabbin au préalable. Le cours de formation de ces juges requiert au minimum deux années supplémentaires, souvent quatre ou six, selon l'école rabbinique.[255]

De même, un grand nombre d'intervenants pensent que juges et avocats qui ont fait leurs études et exercé en Ontario, ont l'instruction, le savoir et les compétences nécessaires pour exercer en médiation et en arbitrage sans aucune formation supplémentaire.

Par contre, la communauté islamique exprime de vives préoccupations sur la question de savoir comment garantir que ceux qui conduisent l'arbitrage conformément au droit musulman des personnes sont suffisamment instruits et compétents pour faire leur travail efficacement. Les participants s'inquiètent du très petit nombre de musulmans versés en droit islamique et qui soient disponibles pour arbitrer. C'est en ces termes que M. Mohamed Elmasry du Canadian Islamic Congress a été cité dans un article du Pakistan Daily Times d'août dernier :

> [Traduction] Elmasry avait dit : « Il y a seulement une poignée de lettrés au Canada qui soient vraiment formés pour interpréter et appliquer la charia, peut-être un seul ». Et aussi : « Les arbitres se fient à leur intuition, à leur bon sens, et dans nombre de cas, ils sont tombés justes », en ce sens que leurs décisions n'ont pas été portées en appel devant un tribunal judiciaire ou infirmées.[256]

Faisal Kutty, un avocat musulman connu de Toronto, a aussi relevé l'absence de normes de qualification pour l'interprétation de la loi islamique :

> [Traduction] En l'état actuel des choses, n'importe qui peut rendre des décisions tant qu'il donne des signes extérieurs de piété et qu'il a un groupe d'adeptes. Il y a de nombreuses institutions dans le pays qui produisent des diplômés : *alims* (lettrés), *faqihs* (juristes) ou *muftis* (jurisconsultes), sans leur avoir pleinement inculqué les subtilités du droit islamique.[257]

L'Islamic Council of Imams - Canada a fait l'observation suivante :

> [Traduction] Ne peut être juge islamique *(Quadi)* que celui qui a une formation approfondie en droit islamique. En outre, il doit justifier d'une moralité et d'une intelligence supérieures. À la différence des juges judiciaires de l'Ontario, il n'y a ni qualification formelle, ni nomination officielle, ni hiérarchie de juridiction entre certaines décisions au sein de la communauté musulmane canadienne.

---

[255] Soumission, Rabbin Reuven Tradburks (2 septembre 2004).
[256] « Sharia debate rages on in Canada » *Pakistan Daily Times* (31 août 2004).
[257] Faisal Kutty, « Canada's Islamic Dispute Resolution Initiative Faces Strong Opposition », Washington Report on Middle East Affairs (mai 2004), en ligne : <http://www.wrea.com/archives/May 2004/0 15070.html>.

> ...Puisque les règles de droit islamique de la famille ne sont pas intégrées dans le système de droit du Canada, nos tribunaux judiciaires et organismes de résolution des conflits ne peuvent s'appuyer sur rien, et la façon dont ils vont mettre à exécution leurs décisions, si elles ne sont pas acceptées et si elles vont à l'encontre du système de droit, peut faire l'objet d'un litige.
>
> L'absence de normes pour les organismes de résolution des conflits pose un sérieux problème pour les tribunaux confessionnels. Plus de 90 p. 100 des décisions dans les causes islamiques peuvent être discrétionnaires, selon les circonstances.[258]

L'Islamic Council of Imams propose un groupe de travail provincial pour « étudier et formuler le droit de la famille islamique au Canada, qui servira de base pour les décisions des organismes de résolution des conflits »[259], en faisant observer que l'élaboration d'un ensemble accepté de règles de droit serait le premier pas pour garantir que des arbitres qualifiés soient disponibles pour la communauté.

Le Council on American-Islamic Relations - Canada (CAIR-CAN) préconise l'intervention gouvernementale pour assurer l'instruction et la formation nécessaires :

> [Traduction] La réussite d'un système d'arbitrage fondé sur la loi islamique dépendra largement des arbitres. CAIR-CAN est convaincue que des arbitres proprement formés et pénétrés de l'esprit comme de la lettre du droit musulman de la famille rendront des décisions équitables, conformes à la Charte des droits et libertés. Nous estimons donc que le ministère doit faire de sérieux efforts, de concert avec les communautés minoritaires, pour sélectionner et former des arbitres qualifiés. Une prolongation de l'état actuel des choses, où est permise la création de systèmes privés d'arbitrage sans aucune intervention gouvernementale pour la sélection et la formation des arbitres, ne protège pas convenablement les intérêts des individus qui, pour des raisons religieuses ou autres, choisissent ce mode de résolution des conflits.
>
> Nous estimons que tout institut ou organisation visant à offrir l'arbitrage confessionnel doit soumettre au ministère du Procureur général le curriculum vitae des candidats qu'il envisage de nommer arbitres. Pour évaluer si ces derniers sont qualifiés pour appliquer le droit islamique de la famille dans le contexte canadien, le ministère doit demander formellement l'avis des lettrés, leaders et activistes islamiques reconnus au sein de la communauté musulmane canadienne. Ou encore, il pourra demander l'assistance d'une organisation islamique reconnue au Canada comme le Fiqh Council of North America.

---

[258] Soumission, Islamic Council of Imams - Canada, « Islamic Arbitration Tribunals and Ontario Justice System » (23 juillet 2004).

[259] Soumission, Islamic Council of Imams - Canada, « Islamic Arbitration Tribunals and Ontario Justice System » (23 juillet 2004).

> Nous sommes également d'avis que les arbitres doivent satisfaire à des normes minimales de qualification en médiation et en arbitrage, et doivent connaître les règles de droit de la famille et des successions en Ontario. À cet égard, les arbitres devraient justifier d'un certificat en arbitrage et médiation et terminer avec succès une série de cours de droit canadien de base, à désigner par le ministère.[260]

D'autres répondants estiment qu'il appartient à la communauté musulmane elle-même, et non au gouvernement, de prendre l'initiative pour s'assurer que les arbitres sont convenablement instruits et formés et observent les normes d'exercice appropriées en cas d'application du droit de la famille islamique.

Régulation des médiateurs et des arbitres

Il est clair que la grosse majorité des participants est en faveur de la régulation de la profession de médiateur et d'arbitre et demande au groupe d'étude d'engager le gouvernement à prendre des mesures en ce sens. La protection de l'usager, qu'est le client de médiateurs ou d'arbitres, par un mécanisme grâce auquel il peut avoir accès à une procédure de plainte et obtenir réparation, semble avoir été envisagée par la plupart des participants. En outre, la plupart des répondants sont d'avis que les conditions d'instruction et les normes déontologiques imposées aux médiateurs et aux arbitres doivent être facilement accessibles au public, afin que les parties qui envisagent de recourir à la médiation ou à l'arbitrage comprennent les conditions fondamentales de l'exercice de la profession.

Cependant, différents modèles de réglementation ont été proposés. Beaucoup préconisent la régulation gouvernementale directe ou la mise en place par voie législative d'un « ordre » ou « institut » autorégulé. Certains médiateurs et arbitres sont déjà membres de professions autorégulées, comme l'Ordre des travailleurs sociaux, , le Barreau du Haut-Canada ou l'Ordre des psychologues, mais échapperaient à l'application des règles de déontologie de leur profession respective lorsqu'ils font fonction de médiateurs ou d'arbitres. Il est nécessaire de clarifier leurs obligations au regard de ces organismes de régulation lorsqu'ils exercent les fonctions de médiateur ou d'arbitre et, si leur conduite est régie par les règles de déontologie de ces derniers, il ne serait pas nécessaire de prévoir des mesures de régulation supplémentaires.

À titre de mesure provisoire, certains préconisent l'inscription obligatoire à l'ADR Institute, à Médiation familiale Canada ou à l'Association ontarienne de médiation familiale, étant donné que ces organismes ont déjà établi des normes de formation dans le domaine de la médiation et de l'arbitrage et ont adopté chacun son code de déontologie. Un grand nombre d'avocats qui ont communiqué avec l'étude font savoir que, en sus de leurs études de droit, ils se sont qualifiés comme médiateurs et arbitres après avoir suivi des cours reconnus par l'ADR Institute ou d'autres corporations professionnelles. De même, la majorité des gens qui ne sont pas membres de

---

[260] Soumission, Canadian Council on American-Islamic Relations (CAIR-CAN) (10 août 2004).

professions autorégulées, mais qui assurent les services de médiation ou d'arbitrage, ont reçu une formation en règle, ont volontairement adhéré à des associations professionnelles, et se considèrent comme soumis à leurs codes de déontologie. Beaucoup sont d'avis que les associations professionnelles à participation volontaire devraient collaborer à concevoir un organe de régulation réservé aux médiateurs et aux arbitres.

La plupart des commentateurs reconnaissent que la profession de médiateur et d'arbitre n'a pas atteint un degré de maturité tel que l'autorégulation s'instaure immédiatement; elle devrait être fixée à titre d'objectif à long terme. Tout le monde convient que l'élaboration d'un régime de régulation en règle prendrait du temps, comme en témoignent les longues négociations sur la régulation des professionnels des soins de santé, des travailleurs sociaux et des experts-comptables. Pour atteindre cet objectif, la grande majorité reconnaît que l'initiative doit venir du gouvernement et qu'il faut qu'il y ait une loi pour constituer un tel organisme. D'autres alternatives, par exemple la régulation sous la tutelle d'une institution existante, ainsi que l'a proposé le Barreau du Haut-Canada pour les techniciens juridiques, pourraient être aussi explorées dans ce contexte. La plupart pensent qu'il est souhaitable de prévoir un régime d'octroi de licences, de telle façon que médiateurs et arbitres puissent être interdits d'exercice pour cause d'inconduite ou d'incompétence.

Certains représentants des médiateurs et arbitres religieux semblent préconiser de laisser à leur congrégation respective le soin de réguler ceux qui exercent en son sein. Le *Beis Din* est comptable au *Vaad Harabonim*, l'organe rabbinique orthodoxe de Toronto; il y a aussi le Toronto Board of Rabbis, qui est un groupe de coordination multiconfessionnel représentant les rabbins orthodoxes, réformés et reconstructionistes. Étant donné la formation judiciaire spécialisée requise de ceux qui siègent au *Beis Din*, les représentants de la communauté juive expriment une certaine résistance à la régulation exercée de l'extérieur.

> [Traduction] Nous sommes d'avis que les titres de compétence de nos arbitres sont le mieux garantis par un système d'autorégulation par chaque communauté religieuse/culturelle, et non pas au moyen d'une formation normalisée imposée par l'État ou par un organisme gouvernemental d'autorisation professionnelle… Déborder de ce cadre [un certificat d'avis juridique indépendant] pour imposer un niveau quelconque de formation normalisée pourrait en effet porter atteinte à la liberté de religion garantie par la Charte. Pareille mesure trahirait aussi une attitude paternaliste et légaliste, parrainée par l'État, envers tous les Ontariens qui ont l'esprit religieux et qui ont le droit de choisir, après qu'ils ont reçu un avis juridique indépendant de la part d'un avocat de leur choix.[261]

Nombre de répondants de la communauté musulmane préconisent un organe de régulation composé d'experts de leur propre communauté, qui pourraient être nommés par le gouvernement mais qui seraient comptables à la communauté. Mubin Shaikh de Masjid El Noor a fait l'observation suivante :

---

[261] Soumission, B'nai Brith, « Review of the Arbitration Process in Ontario » (31 août 2004).

> [Traduction] L'islam est un système très souple et peut s'adapter à toute situation. Si nous devons promouvoir l'harmonie et la liberté de religion, il nous incombe de concevoir un régime dont nous tous puissions être fiers et que nous puissions montrer au monde entier comme l'illustration parfaite de la façon dont le meilleur pays au monde peut produire le système de droit le plus accommodant au moyen d'un tribunal islamique formalisé, régulé. Cependant, la réglementation doit émaner de la congrégation elle-même, faute de quoi elle sera considérée avec mépris et ne sera pas à même d'encourager le respect des droits de tous.[262]

D'autres, qui préconisent la médiation et l'arbitrage confessionnels, semblent penser que l'obligation de s'inscrire à un régime autorégulé représentant tous les médiateurs et arbitres ne compromettrait pas leur aptitude à exercer conformément aux principes de leur foi.

L'Ontario Federation of Indian Friendship Centres se préoccupe de ce que la condition des titres de compétence officiels et la régulation n'érigent un obstacle sérieux au développement des pratiques de médiation et d'arbitrage au sein des peuples aborigènes[263]. À l'égard de ces dernières, ces conditions tendraient à ignorer la sagesse et l'expérience qui sont de première importance au sein de leurs communautés, et à lier le processus au « système de justice de l'homme blanc » dont elles cherchent en effet à se libérer. Il est probable que les peuples aborigènes demanderaient l'exemption, peut-être pour des motifs constitutionnels, vis-à-vis de tout régime général de régulation mis en place et préféreraient avoir le contrôle de tout régime de régulation indépendant des autres[264].

Traitement avec équité et sur un pied d'égalité

Nombre de répondants notent que les articles 6 et 19 de la *Loi sur l'arbitrage* prévoient que les parties à l'arbitrage doivent être traitées « avec équité » et se voient accorder « sur un pied d'égalité » la possibilité de se faire entendre par l'arbitre. Cependant, cette loi ne dit pas ce que signifie exactement traitement « avec équité » et « sur un pied d'égalité », ni comment le concept doit être interprété par la cour saisie du recours en contrôle judiciaire d'une sentence arbitrale.

Nombre de participants font savoir au groupe d'étude que dans la culture musulmane, le témoignage des femmes pèse moitié moins que celui des hommes, et que pareil état des choses peut être considéré comme équitable par beaucoup de musulmans, bien qu'il ne le soit peut-être pas par la majorité des Ontariens.

---

[262] Soumission, Mubin Shaikh, « Shariah Tribunals and Msjid El Noor : A Canadian Model » (24 août 2004).
[263] On entend par « people aborigène » les Premières nations, les Métis, et les Inuits.
[264] Soumission, Consultation de l'Ontario Federation of Indian Friendship Centres (24 août 2004).

La Coalition of Jewish Women for the Get se plaint de ce que les femmes juives comparaissant devant les tribunaux rabbiniques ne peuvent s'y faire représenter ni même s'y faire accompagner par quelqu'un qui les soutient. Nombre d'entre elles trouvent le processus intimidant et peuvent avoir du mal à défendre proprement leur cause. La Coalition fait savoir que certains tribunaux rabbiniques ne sont pas disposés à accepter le témoignage d'experts, même sous forme d'affidavits, et peuvent ne pas prendre en compte les effets de la violence au foyer quand ils rendent des décisions touchant les enfants.

Certains répondants préconisent une définition claire, par exemple dans un règlement d'application de la *Loi sur l'arbitrage*, de quelques principes de justice fondamentale qui doivent présider au processus d'arbitrage. On peut citer parmi ces principes le droit de connaître les conclusions de la partie adverse, le droit à l'égalité de force probante des témoignages, le droit de se faire assister (si on le souhaite) et le droit de se faire entendre.

Conservation des archives

Bien que la *Loi sur l'arbitrage* prévoie que les sentences arbitrales doivent être consignées sur papier, elle ne demande aucun autre registre de la procédure. Si certains arbitres conservent le dossier intégral des affaires dont ils s'occupent, y compris les témoignages et la transcription des débats, d'autres font savoir qu'ils ne gardent pas ces dossiers. Certains arbitrages fondé sur des principes religieux sont conduits dans des langues autres que le français ou l'anglais; le groupe d'étude a appris que dans certains cas, il est possible que les parties à l'arbitrage ne comprennent pas la langue employée ni n'aient droit à l'interprétation ou à la Traduction des documents. Même dans les cas où l'arbitre conserve les dossiers, le groupe d'étude a appris que rien ne garantit que les parties y aient accès, au cas où elles interjetteraient ou envisageraient d'interjeter appel. Nombre de participants préconisent l'adoption d'un règlement qui spécifie quelles sont les pièces de procédure à conserver, sous quelle forme et pendant combien de temps. Différents éléments ont été identifiés comme essentiels pour les archives d'arbitrage; nous verrons lesquels plus loin.

La convention d'arbitrage

L'élément essentiel de l'arbitrage est l'accord des parties pour résoudre leur différend par ce moyen. Comme noté ci-haut, la question du consentement des parties est un grand sujet de préoccupation pour nombre de répondants. À l'heure actuelle, il n'est pas nécessaire que la convention d'arbitrage soit faite par écrit; il n'est pas nécessaire non plus que les parties la signent elles-mêmes, devant témoins. Il se peut que la convention d'arbitrage ait été conclue bien longtemps avant même que le différend soit une éventualité. Il se peut que certaines conventions d'arbitrage aient été signées avant même que les parties soient légalement capables de les signer, pour cause d'âge ou de coercition. La plupart des répondants conviennent que les conditions attachées à la convention d'arbitrage doivent être explicitées dans la loi ou la réglementation en cas

d'arbitrage en droit de la famille ou des successions. Le mémoire de la FAEJ exprime cette nécessité de façon très succincte :

> [Traduction] La convention d'arbitrage doit être conclue au moment de la rupture de l'union. Cette condition est nécessaire pour garantir que l'arbitrage est consensuel. Une partie qui consentait à l'arbitrage au début de l'union peut avoir changé d'avis au moment de la rupture. Si la procédure n'est pas consensuelle au moment où elle est effectivement engagée, elle n'est pas consensuelle du tout.[265]

La majorité des répondants proposent que la convention d'arbitrage soit faite par écrit, dans la langue comprise des deux parties, et signé devant un témoin neutre. Et aussi qu'elle consigne clairement la renonciation des parties aux droits qu'elles tiennent, le cas échéant, de la *Loi sur l'arbitrage*, et indique la loi dont elles conviennent qu'elle servira de base à l'arbitrage. Certains pensent qu'il faut prescrire par voie de règlement les éléments de la convention d'arbitrage. Un répondant, Philip Epstein, a communiqué une copie de la convention standard qu'il oblige les parties à signer avant de procéder à la médiation ou à l'arbitrage; ce texte figure à l'annexe VI..

Les sentences arbitrales

Bien que la *Loi sur l'arbitrage* prévoie que les sentences arbitrales doivent être consignées sur papier, les parties peuvent choisir de s'en passer. Lors même que la décision arbitrale est rendue par écrit, cette loi n'en prévoit ni la forme ni le contenu. La plupart des répondants estiment que la sentence arbitrale doit être couchée sur papier et doit être motivée, faute de quoi il serait difficile pour les parties et leurs avocats de savoir comment en appeler. L'arbitre doit spécifier quelle preuve ou témoignage il a pris en considération et quelle valeur il a accordée aux preuves et témoignages produits par l'une et l'autre parties. Ce point est crucial en cas d'application de la loi islamique; les participants ont fait savoir les uns après les autres qu'en droit islamique, le témoignage de la femme pèse moitié moins que celui de l'homme.

La Society of Ontario Arbitrators and Regulators a mis au point un guide complet ainsi que des cours de formation permanente en rédaction pour encourager la formulation convenable des décisions par les arbitres. D'autres organisations professionnelles offrent aussi la formation et les études dans ce domaine. Les répondants qui préconisent la régulation de la profession d'arbitre soutiennent que l'instruction obligatoire en rédaction des décisions doit être un élément réglementaire des qualités requises pour l'exercice de la profession.

---

[265] Soumission, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) (17 septembre 2004).

Avis juridique indépendant

Certains groupes, comme FACT et Fathercraft, sont résolument opposés à l'obligation, imposée par voie législative ou réglementaire, d'obtenir au préalable un avis juridique indépendant. L'Islamic Institute of Civil Justice estime qu'il ne s'agit là d'une option que si l'arbitre la juge utile pour les parties. Selon la grande majorité des répondants cependant, l'élément le plus important pour protéger les personnes vulnérables est l'obligation qui leur est faite de s'assurer un avis juridique indépendant avant de consentir à l'arbitrage. La plupart des avocats consultés par le groupe d'étude exigent déjà cet avis à titre de condition préalable de l'arbitrage. Il est utile de reproduire certains arguments en faveur de l'avis juridique indépendant, lesquels ont servi de guide pour le groupe d'étude quant aux modifications à apporter éventuellement à la législation en matière d'arbitrage. Sur ce point encore, le mémoire de la FAEJ est utile :

> [Traduction] Une condition qui doit être imposée par la *Loi sur l'arbitrage* est que les parties au différend en droit de la famille consultent un avocat avant de consentir à l'arbitrage. Cette consultation doit comprendre l'information sur les choix de procédure possibles pour la résolution du conflit, et sur les droits et obligations issus du droit de la famille de l'Ontario. Il faut aussi modifier la *Loi sur l'arbitrage* de façon à prévoir que les parties peuvent se faire représenter par avocat à l'arbitrage si tel est leur souhait.[266]

CAIR-CAN recommande aussi l'avis juridique indépendant à titre de condition essentielle dans les affaires soumises à l'arbitrage confessionnel :

> [Traduction] Afin de s'assurer que le recours des parties à l'arbitrage est volontaire, il faut prendre certaines mesures proactives. En tout premier lieu, l'une et l'autre parties doivent s'assurer un avis juridique indépendant sur leurs droits avant de s'engager dans un processus extrajudiciaire de résolution du conflit. En outre, chaque institut, organisation ou firme qui offre les services d'arbitrage doit informer par écrit les protagonistes de leur droit d'interjeter appel de la sentence arbitrale une fois qu'elle aura été rendue, ainsi que de leur droit de récuser l'arbitre en application de l'article 13 de la Loi. Si l'une et l'autre parties y consentent, elles peuvent signer une déclaration portant qu'elles ont chacune de son côté obtenu un avis juridique indépendant, qu'elles savent quels sont les droits qu'elles tiennent de la Loi et qu'elles consentent volontairement à l'arbitrage conforme à la doctrine.[267]

L'analyse la plus détaillée de l'avis juridique indépendant et de la façon dont il représente la protection essentielle des parties à l'arbitrage a été présentée dans le mémoire de B'nai Brith.

> [Traduction] ... nous recommandons que la *Loi sur l'arbitrage* soit modifiée de façon à faire obligation à toutes les parties au litige d'obtenir un avis juridique

---

[266] Soumission, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) (17 septembre 2004).
[267] Soumission, Canadian Council on American-Islamic Relations (CAIR-CAN) (10 août 2004).

> indépendant, de la part d'un membre qualifié et en règle du Barreau du Haut-Canada, dans la forme à établir par voie de réglementation. L'intéressé sera informé des droits qu'il tient des lois ontariennes sur le droit de la famille et sur les successions et auxquels il renonce, et la nature du système extrajudiciaire lui sera expliquée avant qu'il ne s'embarque dans un processus « étranger » de résolution des conflits. ...
>
> La version de l'avis que nous suggérons est très spécifique. Elle informe le juge que la partie au litige est parfaitement informée de la nature du processus et du type alternatif de règles de fond et de procédure qui seront appliquées, ainsi que des bénéfices des lois ontariennes auxquels elle renonce.
>
> Certains critiques pourraient dire que le certificat d'avis juridique indépendant n'est pas suffisant pour protéger la partie vulnérable. En réalité, les avocats le prennent très au sérieux. Ils savent très bien que leur franchise d'assurance et leur réputation professionnelle sont en cause si la partie vulnérable, par exemple l'épouse, se retourne par la suite contre l'avocat consulté par ce motif qu'elle n'était pas suffisamment informée des droits auxquels elle renonçait dans un accord. C'est en particulier le cas quand la sentence arbitrale touche les droits de propriété, la pension alimentaire, le droit de garde et de visite des enfants. Par suite, nombre d'avocats consignent leur consultation sur papier afin de se protéger sur le plan de la responsabilité civile, ou demandent à leurs clients de signer une « décharge » dans le cas où ils signent des conventions contrairement à leurs conseils.[268]

Le mémoire de B'nai Brith était accompagné de modèles de certificat d'avis juridique indépendant pour les affaires de droit de la famille et les affaires de succession. On peut les voir à l'annexe VII B'nai Brith a fait à ce propos la suggestion suivante :

> [Traduction] Nous recommandons en outre que le certificat d'avis juridique indépendant renferme une clause indiquant expressément, en application de l'article 56(4) de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. F3, l'obligation de divulguer pleinement et honnêtement la situation financière devant tout tribunal confessionnel, nonobstant tout contrat conclu antérieurement par les époux sous le régime de la partie IV de la même loi (voir la paragraphe 5 du certificat recommandé à l'annexe VII).
>
> La loi doit aussi prévoir qu'avant que la Cour supérieure de l'Ontario ne rende exécutoire la décision du tribunal confessionnel, la partie concernée doit remplir et déposer un affidavit de l'avocat en tant que témoin signataire (voir l'annexe VIII), auquel sera joint à titre de pièce le certificat d'avis juridique indépendant, délivré par cet avocat. Il appartient à la Cour de rendre immédiatement l'ordonnance d'exécution, ou de prévoir une audience en règle pour examiner si la participation de la partie concernée à l'arbitrage confessionnel était vraiment

[268] Soumission, B'nai Brith, « Review of the Arbitration Process in Ontario » (31 août 2004).

> volontaire. Pareil processus est une garantie de plus que cette partie a librement et volontairement opté pour l'arbitrage.
>
> Un processus semblable est appliqué à l'heure actuelle à l'égard des époux qui ont des enfants à charge et qui demandent le divorce sous le régime de la *Loi sur le divorce*.[269]

L'Association nationale des femmes et le droit pense que le certificat d'avis juridique indépendant n'est peut-être pas le moyen de protection qu'il paraît être :

> [Traduction] Qui plus est, il est peu probable qu'un avocat accepte de représenter un client devant un tribunal qui applique la loi religieuse, parce que, à l'heure actuelle, l'assurance responsabilité civile courante offerte par la Lawyers' Professional Indemnity Company, la société d'assurance desservant le Barreau du Haut-Canada (membres du Barreau ontarien), ne s'étend pas aux avocats exerçant dans quelque domaine que ce soit, autre que le droit ontarien/canadien.[270]

Parlant d'arbitrage devant le *Beis Din*, un avocat de Toronto fait observer ce qui suit :

> [Traduction] Quand il est question de droit juif les avocats canadiens ne savent vraiment rien du tout. Mais même pour ceux qui ont une certaine notion de *halacha* … ce serait faire preuve de négligence de comparaître devant le *Beis Din* et de présenter des arguments fondés sur la droit juif, puisque leur contrat d'assurance ne prévoit pas ce cas. Donc s'ils commettent une faute qui entraîne des conséquences financières, ils pourraient en être tenus personnellement responsables.[271]
>
> Ainsi donc, malgré son utilité reconnue, l'avis juridique indépendant ne serait guère un secours pour les clients qui se soumettent à l'arbitrage fondé sur un cadre juridique parallèle; il en est ainsi parce que la plupart des avocats formés en Ontario ne se rendent probablement pas compte des répercussions ou conséquences d'un système de droit qu'ils ne connaissent pas. Les avocats ne sont utiles à leurs clients que dans les limites de l'explication de leurs droits dans le contexte juridique canadien.[272]

---

[269] Soumission, B'nai Brith, « Review of the Arbitration Process in Ontario » (31 août 2004).

[270] Soumission , l'Association nationale de la femme et du droit, Conseil canadien des femmes musulmanes et Organisation nationale des femmes immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible du Canada, Natasha Bakht, « Family Arbitration Using Sharia Law : Examining Ontario's Arbitration Act and its impact on women » (13 septembre 2004) fait état de la conversation qu'elle a eue le 16 juin 2004 avec le conseiller juridique de la Lawyers Professional Indemnity.

[271] John Syrtash cité dans Lynne Cohen, « Inside the Beis Din » *Canadian Lawyer* (mai 2000) à la p. 30 cité dans soumission de l'Association nationale de la femme et du droit, Conseil canadien des femmes musulmanes et Organisation nationale des femmes immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible du Canada, Natasha Bakht, « Family Arbitration Using Sharia Law : Examining Ontario's Arbitration Act and its impact on women » (13 septembre 2004).

[272] Soumission , l'Association nationale de la femme et du droit, Conseil canadien des femmes musulmanes et Organisation nationale des femmes immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible du Canada,

Aide juridique

Même les répondants qui préconisent avec enthousiasme l'impératif d'avis juridique indépendant reconnaissent qu'il peut y avoir des obstacles financiers qui en interdisent l'accès aux personnes vulnérables. La grande majorité de ceux qui recommandent l'avis juridique indépendant préconisent aussi de mettre l'aide juridique à la disposition de ceux qui optent pour l'arbitrage pour résoudre les différends familiaux. La FAEJ fait la recommandation suivante :

> [Traduction] Les certificats d'aide juridique ou quelque autre forme de financement public (par exemple, avocat de garde) doivent être mis à disposition afin que toutes les parties puissent s'assurer un avis juridique indépendant et se faire représenter par avocat dans l'arbitrage en droit de la famille. Des fonds doivent être affectés au paiement des arbitres en droit de la famille (non pas les arbitres confessionnels), afin que toutes les parties aient l'option de l'arbitrage en droit de la famille ontarien, si elles le souhaitent.[273]

B'nai Brith fait l'observation suivante :

> [Traduction] Le système de justice à base religieuse donne aux parties la possibilité de résoudre leur conflit à bien moindres frais que le système judiciaire de l'Ontario. Le meilleur moyen de protéger les parties vulnérables et économiquement marginalisées est de mettre l'aide juridique à la disposition de ceux qui recourent volontairement au système d'arbitrage. ... Il faudrait aussi envisager d'étendre l'aide juridique pour permettre la délivrance du certificat d'aide juridique lorsqu'il y a recours à l'arbitrage à titre de méthode extrajudiciaire de résolution dans les affaires de droit de la famille, que ce soit devant les tribunaux confessionnels ou devant des arbitres privés, afin de réduire le coût de la résolution des conflits familiaux.[274]

Accords d'arbitrage et sentences arbitrales soumis à la *Loi sur le droit de la famille*

Nombre de répondants soutiennent que les accords d'arbitrage et les sentences arbitrales doivent être soumis à la *Loi sur le droit de la famille*. En particulier, si la convention d'arbitrage est incluse dans les formes de contrats familiaux visées à la partie IV de cette loi, cela met en jeu nombres d'importantes protections qu'elle prévoit, en particulier la divulgation des éléments d'actif et de passif. Beaucoup estiment que la sentence arbitrale qui n'est pas conforme à cette loi, ne doit pas être rendue exécutoire par l'autorité judiciaire. La FAEJ soutient que la subordination de l'arbitrage des conflits

---

Natasha Bakht, « Family Arbitration Using Sharia Law : Examining Ontario's Arbitration Act and its impact on women » (13 septembre 2004).

[273] Soumission, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) (17 septembre 2004).

[274] Soumission, B'nai Brith, « Review of the Arbitration Process in Ontario » (31 août 2004).

familiaux à la *Loi sur le droit de la famille* répond à certaines préoccupations relatives à la Charte, qu'expriment des militantes:

> [Traduction] L'objection de la FAEJ ne porte pas sur le recours aux préceptes religieux pour la résolution de conflits, mais sur le fait que la *Loi sur l'arbitrage*, telle qu'elle est en vigueur à l'heure actuelle, donne effectivement force de loi à ces préceptes, lesquels ne sont pas susceptibles de contrôle judiciaire au regard de la Charte. L'État est tenu de protéger et de promouvoir l'égalité de la femme, c'est ce qu'il a fait par le régime de droit de la famille de l'Ontario. Les femmes peuvent choisir de se passer de cette protection, mais l'État faillira à l'obligation qu'il tient de la Charte s'il accepte d'assurer l'exécution de contrats de ce genre. Il est de droit constant que les parties n'ont pas le droit de se mettre en marge de la législation sur les droits de la personne; de même, l'État ne peut pas dire aux femmes : « nous vous protégerons, mais seulement si vous voulez être protégées. » Pareille attitude irait directement à l'encontre du principe posant que la Charte est la loi suprême du pays et doit être respectée par le gouvernement dans tous les cas, peu importe le souhait de tel ou tel individu ou même d'une législature démocratiquement élue.[275]

Certains répondants pensent qu'il faut modifier la *Loi sur le droit de la famille* de façon à prévoir expressément l'impératif d'avis juridique indépendant et à garantir que le consentement à l'arbitrage n'est pas donné sous contrainte. D'autres préconisent de modifier la même loi de façon à garantir l'égalité de fond en arbitrage et dans les modes de résolution extrajudiciaires.

À plusieurs reprises, des membres de la communauté musulmane ont assuré l'étude que les musulmans qui vivent dans les pays non soumis à la loi islamique, sont tenus par leur foi de respecter la loi en vigueur de leur pays de résidence. En réponse aux questions du groupe d'étude, même l'Islamic Institute of Civil Justice a réitéré que l'arbitrage fondé sur la loi islamique de la famille doit respecter la loi canadienne et ontarienne. En réponse à la question expresse de savoir si l'inclusion de l'arbitrage dans la partie IV de la *Loi sur le droit de la famille* créerait des difficultés, la plupart ont fait savoir que si pareille mesure est décidée et adoptée par voie législative, elle serait respectée par les arbitres religieux. D'autres ont souligné l'importance d'une réglementation efficace pour que ceux qui ne respectent pas la loi ne puissent continuer à exercer les fonctions d'arbitre et que ceux qui ont subi un tort par suite d'un tel défaut puissent demander réparation en justice.

Élargissement des motifs d'appel ou de recours en contrôle judiciaire contre les sentences arbitrales

Nombre de participants ont exprimé leurs préoccupations au sujet des restrictions du droit d'appel que prévoit la *Loi sur l'arbitrage*. D'autres font remarquer que celle-ci permet aux parties de renoncer à leur droit d'appel et que certains arbitres ont pris

[275] Soumission, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) (17 septembre 2004).

l'habitude d'inclure la stipulation que les parties renoncent à tout droit d'appel; elles ne peuvent pas renoncer à leur droit au recours en contrôle judiciaire. Certains répondants, comme la FAEJ, recommandent de ne pas permettre aux parties de renoncer à leur droit d'appel pour quelque motif que ce soit :

> [Traduction] Il ne faut pas permettre aux parties de renoncer à leur droit d'appel sous le régime de la *Loi sur l'arbitrage*. Cette protection est nécessaire pour garantir que les décisions peuvent être soumises, si on le souhaite, au contrôle judiciaire de leur conformité avec le droit de la famille en Ontario. La finalité de ces décisions doit être sanctionnée par un délai d'appel strict et il doit y avoir un mécanisme de contestation des appels frivoles ou abusifs.[276]

Certains répondants s'inquiètent de ce que les avantages de l'arbitrage ne soient anéantis si le droit d'appel était élargi. En particulier, comme noté supra, la FACT et Fathercraft préconisent toutes deux de restreindre le droit d'appel, notamment en matière de lignes directrices sur les aliments pour enfants et de pension alimentaire pour conjoints. Il s'agit justement là des domaines qui retiennent l'attention de ceux qui préconisent l'élargissement du droit d'appel; pour eux, le risque d'appauvrissement des femmes et des enfants du fait des règles inéquitables de la loi religieuse en matière d'aliments est le résultat le plus grave possible de l'acceptation de l'arbitrage dans ces régimes de justice à base religieuse.

Certains répondants préconisent un mécanisme par lequel les tribunaux judiciaires peuvent refuser de rendre exécutoires les décisions contraires à l'ordre public, citant à ce propos la possibilité pour les tribunaux judiciaires de France et d'Allemagne d'annuler des règlements à base religieuse de conflit familial, s'ils jugent qu'ils sont contraires à « l'ordre public ». Ouahida Bendjedou, étudiante française travaillant à la Faculté de droit d'Osgoode Hall Law School dans le cadre d'un programme d'échange, fait la recommandation suivante :

> [Traduction] La convention d'arbitrage pourrait prévoir un appel fondé sur le motif que la décision est contraire à l'ordre public en Ontario.[277]

Dépôt central des sentences arbitrales :

L'une des questions les plus pressantes mises au jour par les activités du groupe d'étude est la nécessité d'un mécanisme de contrôle sous une forme ou sous une autre. Le manque d'information gouvernementale sur l'ampleur de l'arbitrage dans les affaires de famille et de succession ainsi que sur ses effets sur les personnes vulnérables, a été une principale question soulevée par presque tous ceux qui ont participé à l'étude. Il n'y a aucun dépôt auquel les sentences arbitrales doivent être transmises et il n'y aucune compilation des causes; il s'ensuit qu'à la différence des décisions judiciaires, il n'y a aucun moyen de suivre les tendances des sentences arbitrales, aucun moyen de

[276] Soumission, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) (17 septembre 2004).
[277] Soumission, Ouahida Bedjedou (septembre 2004).

garantir que les personnes vulnérables ne soient pas désavantagées pour avoir choisi cette méthode de résolution des conflits, et aucun moyen pour les parties qui doivent choisir un arbitre de connaître la « fiche » d'un arbitre potentiel.

La FAEJ fait la recommandation suivante :

> [Traduction] Il faut prévoir le dépôt obligatoire de toutes les sentences arbitrales en droit de la famille (dont les noms des parties auront été occultés) dans un registre central. Toutes les sentences arbitrales doivent comprendre un exposé des points litigieux, une description concise des preuves et témoignages produits et la conclusion motivée de l'arbitre. Le registre aurait pour objet de donner aux parties accès aux décisions arbitrales antérieures, et aussi de permettre de suivre constamment de près les avantages et les risques de l'arbitrage des conflits en droit de la famille.[278]

L'Islamic Society of Toronto préconise un vigoureux contrôle gouvernemental.

> [Traduction] Le tribunal ... proposé sera tenu de s'inscrire officiellement auprès du ministère du Procureur général sous le régime de la *Loi sur l'arbitrage*. Ce ministère aura une commission, à l'image d'une commission des droits de la personne, et composée de juristes, de leaders de la communauté musulmane et de lettrés musulmans, laquelle commission aura la capacité et le pouvoir nécessaires pour instruire toutes plaintes, dans l'esprit de la loi et à la lumière des lois de la Charia et de la Constitution canadienne.[279]

Un régime plus détaillé a été présenté dans le mémoire de CAIR-CAN :

> [Traduction] En plus des impératifs de participation volontaire et des normes de qualification des arbitres, il est important de veiller à ce que les participants et leurs représentants puissent prendre une décision en connaissance de cause au sujet de celui qui décidera leur affaire. La *Loi sur l'arbitrage* permet aux parties de désigner nommément l'individu qui arbitrera leur différend, mais n'institue pas un cadre dans lequel les décisions antérieures d'un arbitre donné peuvent être examinées et étudiées. Cette lacune est particulièrement troublante en cas d'arbitrage confessionnel, dans lequel l'application de la loi religieuse peut varier considérablement entre les érudits des textes religieux et les écoles de droit.
>
> CAIR-CAN reconnaît que l'un des avantages de l'arbitrage privé des conflits est la confidentialité de la procédure et de l'issue de l'affaire. Cependant, les parties ne pourront prendre une décision éclairée au sujet d'arbitres ou de centres d'arbitrage que s'il y a un mécanisme grâce auquel elles pourront avoir accès aux décisions antérieures qui, sous le régime de la *Loi sur l'arbitrage*, doivent être rendues par écrit.

---

[278] Soumission, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) (17 septembre 2004).
[279] Soumission, Islamic Society of Toronto (31 août 2004).

> CAIR-CAN recommande l'institution d'un Registre des sentences arbitrales de l'Ontario (ci-après le Registre). Essentiellement, chaque arbitre agréé serait tenu de transmettre dans le mois une copie « expurgée » de sa décision au Registre. Naturellement, toutes les données confidentielles doivent être occultées avant la transmission au Registre. La référence et le texte de la décision déposée au Registre seraient disponibles au public soit sur Internet soit sur papier, sur demande.[280]

L'Islamic Council of Imams - Canada, reconnaissant que les préoccupations au sujet de l'arbitrage visent surtout le droit islamique des personnes, est disposé à voir un contrôle des décisions arbitrales islamiques, même si les autres sentences arbitrales ne sont pas soumises à un contrôle semblable. À titre de mesure provisoire, il propose ce qui suit :

> [Traduction] Un comité de cinq membres sera constitué à titre de projet pilote pour surveiller les décisions des tribunaux islamiques. Ce comité sera composé :
>
> - de deux avocats musulmans (une femme et un homme);
> - de deux lettrés musulmans qualifiés, représentant respectivement les deux grandes sectes, sunnite et chiite;
> - d'un juge ou juriste du bureau du Procureur général.
>
> Le coordonnateur de notre Conseil, l'imam Abdul Hai Patel, en sa qualité de membre de la Commission des droits de la personne, offre ses services au comité pour veiller à la conformité avec le Code des droits de la personne du Canada.
>
> Le comité doit être habilité :
>
> - à approuver la création de tribunaux;
> - à surveiller leurs décisions; et
> - à assister les juges judiciaires dans les appels.[281]

Tandis que d'autres répondants de la communauté musulmane se prononcent en faveur d'une surveillance par l'autorité confessionnelle islamique, certains se montrent très sceptiques devant la perspective d'un organe de surveillance placé sous les auspices du Council of Imams, soutenant que pareil modèle n'est pas doué d'une perspective suffisamment large pour inspirer la confiance de la communauté dans le processus. À titre de mesure alternative, Wahida Valiante du Canadian Islamic Congress suggère une organe de surveillance, largement représentatif de la communauté musulmane, composé d'un nombre égal d'hommes et de femmes, et dont l'expertise serait assurée par des juristes, des travailleurs sociaux, des psychologues, et d'autres qui travaillent dans des domaines spécifiques, comme la violence contre les femmes, au sein de la communauté musulmane.

---

[280] Soumission, Canadian Council on American-Islamic Relations (CAIR-CAN) (10 août 2004).

[281] Soumission, Islamic Council of Imams - Canada, « Islamic Arbitration Tribunals and Ontario Justice System » (23 juillet 2004).

Une autre variante sur le thème de la surveillance est la suggestion que la loi soit modifiée pour prévoir que toutes les sentences arbitrales en droit de la famille, en particulier dans l'arbitrage confessionnel, n'aient que valeur consultative. De cette façon, tout comme les accords de séparation ou les règlements de divorce, les sentences arbitrales seraient soumises d'office au contrôle de l'autorité judiciaire.

Examen courant de la pratique de l'arbitrage en droit de la famille

Nombre de participants estiment que, une fois les sentences arbitrales rassemblées en un dépôt central, il faut que les résultats en soient soumis à un examen courant. Voici ce que propose la FAEJ à ce sujet :

> [Traduction] Il faut qu'il y ait un examen obligatoire périodique des décisions enregistrées. Après deux examens, il faut qu'il y ait un rapport sur l'ampleur et la nature des conflits familiaux soumis à l'arbitrage, sur la conformité avec le droit de la famille en Ontario, et sur les préoccupations possibles au sujet des femmes vulnérables. L'examen doit comprendre la consultation des groupes intéressés, y compris les représentants de divers groupements de femmes. Les recommandations de changement doivent comprendre les recommandations sur la nécessité de continuer les examens ou études.[282]

Éducation publique et responsabilité communautaire

Durant le processus d'étude, nombre de participants ont parlé du défaut manifeste de connaissance et de compréhension de la loi ontarienne et canadienne chez le grand public, notamment au sujet des questions de droit de la famille. Ce défaut de connaissance, qui est un grand sujet de préoccupation dans le contexte du système judiciaire, est d'autant plus grave lorsque les parties envisagent le recours à l'arbitrage sous un régime de droit différent. Beaucoup se demandent comme les parties peuvent « choisir » une loi au lieu d'une autre tandis qu'elles ne savent peut-être pas exactement et pleinement comment l'une ou l'autre peut avoir des conséquences sur leur vie à l'avenir. Preeya Rateja, un membre du Muslim Police Consultative Committee, s'est fait l'écho des sentiments de beaucoup d'autres participants par cette observation :

> [Traduction] Il faut que les participants, tout comme le grand public, soient instruits, par l'éducation et en langage courant clair, du processus d'arbitrage ainsi que de toute autre option possible. Plus spécifiquement, cette connaissance permettra aux femmes victimes de violence et aux enfants qui ont été témoins d'actes de violence sur des femmes, de prendre des décisions plus éclairées sur leur vie. Le public profitera aussi de cette connaissance, qui

[282] Soumission, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) (17 septembre 2004).

> contribuera à combattre les mythes et les malentendus au sujet de ce processus.[283]

Il est important de noter les efforts qui ont été faits pour informer le public de ses droits et de ses responsabilités dans le domaine du droit de la famille en Ontario. Le ministère du Procureur général, avec le concours du ministère fédéral de la Justice, a produit un excellent guide intitulé « Ce que vous devez savoir sur le Droit de la famille en Ontario »; nombre de participants connaissent ce guide mais se plaignent de ce qu'il est disponible seulement auprès du gouvernement en français et en anglais, et ne serait pas également distribué dans toutes les communautés. Bien qu'il y soit question de médiation, l'option d'arbitrage en droit de la famille n'y est pas mentionnée, et encore moins expliquée. Le ministère a aussi mis en place des centres d'information sur le droit de la famille auprès de la Cour de la famille, afin de mettre à la disposition de ceux qui ont besoin d'information une source accessible et fiable à la cour elle-même. Ces services sont offerts en français et en anglais, et ne pourraient pas être assurés dans la multitude de langues parlées au sein de nos communautés de plus en plus multiculturelles.

De même, des organismes comme la Community Legal Education Ontario (CLEO), la Barbra Schlifer Commemorative Clinic et d'autres cliniques d'aide juridique, se sont attachés à produire des guides et à les distribuer largement. La plupart des guides disponibles sont centrés sur le droit pénal et sur le droit administratif comme le logement, l'aide sociale ou les tribunaux d'accidents du travail. Les cliniques d'aide juridique travaillent souvent de concert avec d'autres organisations communautaires, notamment d'installation des immigrants, d'enseignement de l'anglais langue seconde, et d'aide aux femmes victimes de violence, pour organiser des séances d'information publique, qui prennent en compte les différences culturelles et portent sur un large éventail de questions juridiques qui pourraient se faire jour. Néanmoins, nombre de répondants affirment que l'absence évidente d'informations juridiques sur les questions de droit de la famille, dans d'autres langues que le français et l'anglais et sous forme accessible à ceux qui sont en butte aux obstacles linguistiques, représente le problème le plus grave pour les gens les plus vulnérables et les plus marginalisés dans notre société.

Bien que les répondants soient à peu près unanimes à identifier le problème de l'absence de connaissances sur les questions de droit de la famille, il ne s'accordent guère sur la question de savoir quel est le meilleur moyen de le résoudre ou qui doit en avoir la responsabilité. Certains intervenants mettent l'accent sur la valeur d'une campagne de vulgarisation juridique, alors que d'autres préconisent de cibler les groupes vulnérables spécifiques. Certains pensent que l'éducation doit se faire au moment même où un différend familial se fait jour et où les parties pèsent leurs options de résolution extrajudiciaire, imposant ainsi aux avocats l'obligation de s'assurer que leurs clients comprennent les conséquences de leur choix. D'autres estiment que les communautés concernées, qui prônent l'arbitrage fondé sur des principes religieux, doivent assumer la responsabilité de s'assurer que tous leurs membres ont accès aux

---

[283] Soumission, Preeya Raeja (20 août 2004).

informations spécifiques nécessaires pour répondre à leurs besoins individuels. Certains sont en faveur des documents imprimés, alors que d'autres préconisent un support multimédias.

Nombre de commentateurs font observer au groupe d'étude qu'il incombe au gouvernement de concevoir et de diffuser les documents de vulgarisation juridique pour sensibiliser le public, pour informer les citoyens de leurs droits et obligations, et pour assurer l'accès aux services et ressources disponibles dans la province. Tous les répondants s'inquiètent du coût d'un effort sérieux d'éducation et la plupart comptent sur le gouvernement pour y pourvoir. Ils soutiennent cependant que le gouvernement ne peut pas et ne doit pas travailler en état d'isolement. Ils pensent qu'il doit assumer un rôle de chef de file en offrant une tribune réunissant tous les groupes intéressés et organisations communautaires pour contribuer à la mise en place des ressources pertinentes. Le gouvernement peut aider les communautés à accroître leur capacité par un partenariat caractérisé par le respect mutuel. Divers répondants estiment que des partenariats entre gouvernement et organisations communautaires sont nécessaires pour garantir des documents de vulgarisation justes, accessibles, sensibles aux disparités entre les sexes et culturellement appropriés.

Pareil modèle appellerait probablement certaines modifications aux programmes de financement en place à l'heure actuelle. Nombre de commentateurs critiquent la façon dont les critères de financement compromettent leur aptitude à avoir accès à l'aide à la vulgarisation. En particulier, beaucoup concluent de leur propre expérience qu'ils ne pourraient pas obtenir des crédits par l'intermédiaire de la Direction générale de la condition féminine de l'Ontario ou du Victim's Justice Fund s'ils veulent faire œuvre de vulgarisation abstraction faite des sexes ou par l'intermédiaire d'un groupement confessionnel. Plusieurs intervenants musulmans font observer que les efforts uniquement centrés sur les femmes et imprégnés d'une perspective féministe pourraient exacerber certaines tensions au sujet du rôle respectif des deux sexes au sein de leur communauté.

Le groupe d'étude a entendu un certain nombre d'organisations communautaires qui offrent des services d'éducation dans le cadre de la médiation et de l'arbitrage confessionnels. Nous avons mentionné en détail les services d'éducation des conseils ismaïliens de conciliation et d'arbitrage ainsi que des services de médiation et d'arbitrage de Masjid El Noor, les uns et les autres ayant fait de l'information sur les options et le processus un élément essentiel de la prestation de leurs services au sein de leurs communautés respectives. Nombre de répondants sont d'avis que ceux qui offrent les services dans ce domaine ont pour responsabilité première de veiller à ce que leurs clients soient pleinement informés de leurs droits et responsabilités sous le régime à la fois de la loi ontarienne et de la loi religieuse à appliquer; certains estiment que pareille responsabilité doit être spécifiée dans le règlement applicable.

La plupart des chefs religieux qui préconisent l'arbitrage confessionnel reconnaissent que l'éducation est essentielle pour garantir que les parties aient véritablement un choix en matière de mécanismes de résolution des conflits. Dans l'ensemble, ils estiment que

les chefs religieux doivent assumer la responsabilité première pour l'éducation. Bien que la plupart se disent disposés à assurer cette éducation, ils se préoccupent de la disponibilité de l'expertise et des ressources pour garantir l'excellence de l'information donnée. Certains répondants se préoccupent de ce que les informations données par les chefs religieux ne soient à sens unique, et ne forcent les membres de leurs communautés respectives à emprunter une voie donnée, au lieu d'avoir un choix éclairé. D'autres se préoccupent de ce que certains leaders ne fassent fonction de gardiens des ressources d'éducation, pour user de leur pouvoir afin d'occulter les informations sur les lacunes possibles de la médiation ou de l'arbitrage.

Il ressort des réponses au groupe d'étude qu'une approche coopérative, à laquelle participeraient les multiples éléments de la communauté, serait probablement l'approche la plus efficace à l'éducation communautaire. Durant le processus d'étude, j'ai rencontré des individus et des groupes dévoués qui assument déjà un rôle de chef de file en informant les membres de leurs congrégations respectives de leurs droits et des services qui sont à leur disposition.

L'une de ces organisations, la Canadian Coalition of Jewish Women for the Get[284], a été créée en 1988 pour « atteindre le plus grand nombre de juifs possible afin d'expliquer la nécessité d'un GET (divorce religieux juif), de dénoncer l'abus du droit juif à titre d'outil d'extorsion et de sévices affectifs, et de trouver le moyen de libérer les victimes des abus du GET »[285]. L'organisation a mis en place des lignes téléphoniques d'aide, une brochure d'information, et une vidéo d'enseignement pour informer les femmes juives de toutes les options qui leur sont ouvertes dans le droit canadien et le droit juif. Ces documents expliquent le processus de divorce juif, ce qu'on peut attendre du Beit Din, et en quoi le divorce juif est différent du divorce civil. La Coalition travaille non seulement à informer la communauté juive, mais aussi les milieux des services juridiques et sociaux, des moyens de résoudre les problèmes auxquels les femmes juives pourraient être en butte dans le processus de *get*. Elle a réussi à mobiliser un mouvement poussant à la modification de la *Loi sur le divorce* (fédérale) et de la *Loi sur le droit de la famille* (ontarienne) pour empêcher les époux récalcitrants de faire obstacle au *get*. Elle représente un modèle à suivre par les autres organisations de femmes qui se préoccupent des abus potentiels de la médiation et de l'arbitrage confessionnels.

Dans la communauté musulmane, il y a déjà plusieurs organisations qui apportent de l'aide aux personnes vulnérables en leur sein. L'étude a eu connaissance de nombre d'exemples de femmes travaillant au niveau de la population de base pour apprendre à la fois à la communauté musulmane et au grand public ce qu'est l'Islam, et pour promouvoir le bien-être collectif de leur communauté respective. Ces femmes ont

---

[284] La Coalition est composée de plusieurs organisations de femmes juives par-delà les sectes, y compris Emunah Women of Canada, Hadassa-WIZO Organization of Canada, Jewish Women International of Canada, Na'amat Canada, le Conseil national des femmes juives du Canada, le Comité de la condition féminine du Congrès juifs canadien, Toronto Jewish Women's Federation, Women's Canadian ORT, Women's Federation CJA, Women's League for Conservative Judaism.

[285] Norma Baumel Joseph, Evelyn Beker Brook, et Marilyn Bicher, «Untying the Bonds Jewish Divorce: A GET Education Video and Guidebook » The Coalition of Jewish Women for the Get, 1997.

travaillé depuis des années avec divers secteurs, dont les services sociaux, les organismes d'éducation, les organismes d'établissement des immigrants, les médias et les organisations confessionnelles, afin de les aider à assurer de meilleurs services aux femmes musulmanes, aux handicapés, aux nouveaux immigrants et aux réfugiés appartenant à différentes cultures. Le Conseil canadien des femmes musulmanes est une organisation qui a travaillé infatigablement depuis sa création avec les diverses communautés musulmanes pour promouvoir le rôle de la femme dans la congrégation et accroître la compréhension du principe d'égalité qui est au cœur des préceptes islamiques. Au fil de mes rencontres avec d'autres organisations, comme l'Organisation nationale des femmes immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible du Canada, l'Ontario Council of Agencies Serving Immigrants, le Council of Agencies Serving South Asians, l'Islamic Humanitarian Service, le Muslim Canadian Congress, et d'autres encore, j'ai été frappée par la grande richesse de talents, de savoir et de direction au sein de la communauté musulmane.

À plusieurs reprises, les répondants ont souligné qu'il est important que l'œuvre d'information publique émane des communautés concernées elles-mêmes. Tel est le sens de cette observation d'Ouahida Bendjedou :

> [Traduction] Un important travail de base est nécessaire au sein de la communauté musulmane. En premier lieu, l'information des femmes musulmanes doit être entreprise par les organisations qui représentent les femmes musulmanes au Canada (par exemple le Conseil canadien des femmes musulmanes). Par information, je veux dire en premier lieu qu'il faut leur faire apprendre l'anglais, car l'une des raisons majeures de l'exclusion des femmes musulmanes de la société canadienne est qu'elles ne savent pas la langue du pays où elles immigrent; en conséquence, elles sont dépendantes de leurs maris. En second lieu, qu'il faut leur enseigner l'Islam pour qu'elles sachent quels droits la religion leur reconnaît.[286]

Lors d'une rencontre avec un groupe de jeunes musulmanes, les participantes soutiennent avec force qu'il incombe à leurs propres organisations et institutions communautaires de compiler et de diffuser les informations sur les droits, obligations et options en matière de droit de la famille. Ces jeunes femmes se sentent insultées par l'affirmation que les femmes musulmanes n'ont pas les connaissances, la force ou la volonté pour comprendre et agir afin de protéger les personnes vulnérables au sein de leur communauté. Plusieurs répondantes font savoir que diverses organisations poursuivent leurs efforts pour établir des liens au sein de la communauté musulmane et pour réaliser un consensus sur les questions affectant la même communauté. Une telle organisation, la Coalition of Muslim Organisations, groupe de coordination de 35 mosquées et organisations communautaires de la conurbation de Toronto, est considérée comme un véhicule possible pour assurer l'information communautaire sur le droit musulman des personnes et ses rapports avec le droit ontarien de la famille.

---

[286] Soumission, Ouahida Bendjedou (septembre 2004)

Suggestions soumises dans les mémoires

L''étude a demandé des conseils sur le moyen d'identifier les meilleures pratiques pour la formulation et la diffusion de l'information juridique communautaire. La CLEO et la Barbra Schlifer Commemorative Clinic ont été d'un grand secours. Leur personnel pense que toute stratégie d'information publique serait la plus efficace si elle comprenait les éléments suivants :

[Traduction]

- Définition et recherche des audiences-cibles, vérification de la disponibilité des documents écrits dans les langues et sous les formes utiles; vérification si les documents sont culturellement acceptables, si la Traduction et l'information juridique sont justes, et si la langue est accessible.
- Mise au point et exécution d'une stratégie de partenariat avec les organisations communautaires compétentes. Tous les organismes participants doivent jouir de la confiance de la communauté et comprennent les questions qui doivent être communiquées au public. Des champions sont aussi essentiels au sein de la communauté, de même que le soutien des leaders religieux ou des anciens qui ont une grande sphère d'influence.
- Plan de diffusion efficace pour garantir que les documents de vulgarisation soient disponibles aux lieux fréquentés par les audiences-cibles. Dans le cas des femmes immigrantes en particulier, ils doivent être distribués aux programmes LINK, aux organismes d'aide à l'établissement, aux organismes ethniques, aux cliniques médicales communautaires, aux programmes d'acquisition de nouvelles compétences, y compris les cours de langues, aux organisations confessionnelles et aux organisations civiques dotées de programmes ouverts aux femmes immigrantes.
- Approche globale aux ressources médiatiques, y compris le recours à la radio, à la télévision et à la presse écrite dans la langue-cible au sein de communautés ethniques, afin d'atteindre effectivement de larges audiences.

Section 8 : Recommandations

La présente section expose les recommandations de l'étude. Certaines d'entre elles réclament des modifications aux lois en vigueur, d'autres des règlements, d'autres encore une surveillance générale, par le gouvernement, des activités examinées dans le cadre de l'étude, et une partie d'entre elles se contentent de faire appel à l'appui de l'état pour les intérêts des personnes vulnérables dans notre société. Ces changements sont décrits à tour de rôle. L'ordre thématique dans lequel ils sont énumérés a été choisi pour des raisons de commodité et il ne reflète aucune échelle d'importance.

Je ne vais pas répéter ici l'analyse détaillée qui fait l'objet des autres sections du rapport. Je me limiterai à une brève indication des questions qui ont été soulevées durant l'étude et des facteurs qui ont conduit à ma conclusion.

Les recommandations sont elles-mêmes numérotées par ordre consécutif à travers les différentes sections, de 1 à 46 . Une simple liste des recommandations, sans commentaires, figure dans le Sommaire.

Recommandations générales

Aucune preuve ne ressort de l'étude pour suggérer que les femmes souffrent systématiquement de discrimination à la suite d'arbitrages de différends en droit de la famille. Par conséquent l'étude se prononce en faveur de l'utilisation de l'arbitrage pour trancher des différends en droit de la famille. Toutefois, cette utilisation devrait être assujettie aux protections recommandées ci-dessous.

1. **L'arbitrage devrait demeurer une option de règlement extrajudiciaire des différends offerte dans les affaires de droit de la famille et de droit des successions, sous réserve des autres recommandations de la présente étude.**

2. **La Loi sur l'arbitrage devrait continuer à autoriser l'arbitrage des différends en vertu du droit religieux, si les protections prescrites actuellement et recommandées par la présente étude sont observées.**

Recommandations d'ordre législatif

Voici les modifications proposées à la *Loi sur l'arbitrage* et à la *Loi sur le droit de la famille*, qui permettraient d'adapter ces lois aux réalités de l'arbitrage de différends en droit de la famille et en droit des successions.

La question du consentement sera abordée dans plusieurs parties : l'identité et la capacité de la personne qui a consenti à l'arbitrage; le moment de la conclusion de la convention d'arbitrage; la réalité du consentement au processus d'arbitrage et la réalité du consentement au choix d'un droit différent.

3. **L'article 51 de la *Loi sur le droit de la famille* devrait être modifié afin d'ajouter les ententes de médiation et les ententes d'arbitrage à la définition de « contrat familial », dans le but de faire tomber ces conventions sous le coup des protections générales de la partie IV de la Loi. Ces ententes devraient donc être faites par écrit, signées par les parties et confirmées par témoin.**

4. **Lorsque la partie IV de la *Loi sur le droit de la famille* s'applique, l'entente de médiation ou d'arbitrage devrait pouvoir être annulée pour les mêmes motifs que pour un autre contrat familial.**

5. **La partie IV de la *Loi sur le droit de la famille* devrait être modifiée afin d'établir que si une entente de cohabitation ou un contrat de mariage contient une convention d'arbitrage, cette dernière ne lie pas les parties à moins qu'elle ne soit confirmée, par écrit, au moment du différend et avant le début de l'arbitrage.**

6. **La confirmation par écrit ne devrait pas être obligatoire pour un arbitrage qui a lieu dans les circonstances suivantes :**

   (a) dans le cadre d'une entente de séparation,
   (b) à la suite d'une sentence rendue dans le cadre d'un arbitrage auquel il a été lui-même convenu au moment approprié,
   (c) à la suite d'une décision judiciaire.

7. **Le paragraphe 55 (2) de la *Loi sur le droit de la famille* devrait être modifié afin d'exiger l'approbation préalable du tribunal pour un contrat familial conclu par un mineur en Ontario.**

8. **Le paragraphe 33 (4) de la partie III de la *Loi sur le droit de la famille,* autorisant le tribunal à annuler une disposition alimentaire qui figure dans un contrat familial ou un accord de paternité, devrait être modifié afin de permettre au tribunal d'annuler une sentence arbitrale pour les mêmes motifs (situation inadmissible, le bénéficiaire des aliments touche l'aide sociale, il y a défaut de verser les aliments).**

9. **La *Loi sur l'arbitrage* devrait être modifiée afin d'autoriser le tribunal à annuler une sentence arbitrale dans une affaire de droit de la famille ou de droit des successions dans les cas suivants :**

(a) La sentence n'est pas dans les meilleurs intérêts des enfants qu'elle vise;
(b) Une partie à l'arbitrage n'a pas obtenu des conseils juridiques indépendants ou elle n'a pas renoncé au droit d'en recevoir;
(c) Les parties ne possèdent pas une copie de la convention d'arbitrage et de la décision écrite avec les motifs;
(d) Le cas échéant, une partie n'a pas reçu la déclaration de principe sur l'arbitrage religieux.

Les parties ne devraient pas être en mesure de renoncer à cette disposition.

10. La *Loi sur l'arbitrage* ou la *Loi sur le droit de la famille* devrait être modifiée afin d'octroyer des pouvoirs réglementaires au sujet d' rbitrages de différends en droits familial et successoral et d'imposer l'utilisation des formulaires et procédures réglementés.

11. Le paragraphe 72 (5) de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* devrait être modifié de façon à inclure explicitement les médiateurs et les arbitres dans la catégorie des personnes qui exercent des fonctions professionnelles liées par le devoir de déclarer le besoin de protection d'un enfant.

Modifications d'ordre réglementaire

Certaines exigences juridiques sont mieux servies par des règlements que par des lois.

Il est important que les parties comprennent bien les circonstances et les conséquences de leur choix d'avoir recours à l'arbitrage.

12. Les règlements pris en application de la *Loi sur l'arbitrage* ou de la *Loi sur le droit de la famille* devraient exiger que les conventions d'arbitrage dans des litiges de droits familial et successoral soient faites par écrit et qu'elles établissent :

- **la liste détaillée des questions renvoyées à l'arbitrage,**
- **que l'arbitrage est de nature exécutoire ou consultative,**
- **la forme du droit, s'il ne s'agit pas du droit de l'Ontario, qui sera utilisée pour trancher le litige, et s'il s'agit d'un droit religieux, la forme du droit religieux,**
- **si l'arbitrage est soumis au droit religieux, une déclaration selon laquelle la partie a reçu et lu la déclaration de principe sur l'arbitrage religieux avant de signer la convention;**

- **des détails explicites sur toute renonciation à des droits ou recours prévus par la *Loi sur l'arbitrage*;**
- **une déclaration explicite selon laquelle il n'est pas possible de renoncer aux recours judiciaires prévus à l'article 46 et au droit à un traitement juste et égal énoncé à l'article 19 de la *Loi sur l'arbitrage*;**
- **une déclaration explicite reconnaissant qu'il n'est pas possible de renoncer à la surveillance judiciaire des situations se rapportant aux enfants et que le paragraphe 33 (4) de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* est à respecter ;**
- **une déclaration explicite selon laquelle l'article 56 de la *Loi sur le droit de la famille* s'applique à la convention et qu'il n'est pas possible d'y renoncer, et qu'en conséquence une partie peut demander l'annulation de la convention pour des motifs additionnels, comme par exemple si ce n'est pas dans les meilleurs intérêts des enfants visés par la convention, s'il n'y a pas eu de divulgation entière et honnête des renseignements financiers, ou si une partie ne comprend pas la nature ou les conséquences de la convention.**

13. **Les règlements pris en application de la *Loi sur l'arbitrage* ou de la *Loi sur le droit de la famille* devraient exiger que les conventions d'arbitrage dans les différends en droits familial et successoral contiennent soit un certificat de conseils juridiques indépendants soit une renonciation explicite aux conseils juridiques indépendants.**

14. **Les règlements pris en application de la Loi sur l'arbitrage ou de la Loi sur le droit de la famille devraient exiger que les médiateurs et arbitres de différends en droits familial et successoral soient membres d'organisations professionnelles volontaires, ou qu'ils entrent dans une catégorie exclue définie par voie de règlement, afin que leurs décisions soient exécutables par les tribunaux de l'Ontario.**

15. **Les règlements pris en application de la Loi sur l'arbitrage devraient définir le concept d'un processus juste et égal dans le contexte des arbitrages en droit de la famille et en droit des successions.**

16. **Les règlements pris en application de la Loi sur l'arbitrage ou de la Loi sur le droit de la famille devraient exiger que les arbitres appliquant le droit religieux dans des arbitrages en droits familial et successoral élaborent une déclaration de principe sur l'arbitrage religieux qui explique les droits et obligations des parties ainsi que les processus existants en vertu de la forme du droit religieux choisie.**

17. **Les règlements pris en application de la Loi sur l'arbitrage ou de la Loi sur le droit de la famille devraient exiger que les arbitres appliquant le droit**

religieux distribuent leur déclaration de principe sur les arbitrages religieux à tous leurs clients éventuels.

Le droit des contrats et la partie IV de la *Loi sur le droit de la famille* prévoient l'option d'annuler une convention en l'absence d'un consentement véritable, si la personne a subi des pressions ou a été contrainte de conclure la convention. Des pressions communautaires plus subtiles risquent de ne pas être considérées comme de la contrainte à cette fin, alors que les menaces de violence de la part du partenaire ou d'un membre de la famille le seraient certainement.

18. **Les règlements pris en application de la *Loi sur l'arbitrage* ou de la *Loi sur le droit de la famille* devraient exiger que les médiateurs et arbitres de différends en droits familial et successoral examinent les parties séparément pour détecter toute forme d'inégalité et de violence familiale, avant la conclusion de la convention d'arbitrage, en appliquant un processus d'examen uniformisé.**

19. **Les règlements pris en application de la *Loi sur l'arbitrage* ou de la *Loi sur le droit de la famille* devraient exiger que les médiateurs et arbitres de différends en droits familial et successoral certifient avoir examiné les parties séparément pour détecter toute forme de violence familiale, avoir passé en revue les certificats de conseils juridiques indépendants ou la renonciation aux conseils juridiques indépendants, et être convaincus que chaque partie a consenti à l'arbitrage volontairement et en connaissant la nature et les conséquences de la convention d'arbitrage.**

À l'heure actuelle, les arbitres ne sont pas tenus de tenir des dossiers de leurs décisions, bien qu'ils soient tenus d'accompagner leurs décisions de motifs par écrit, à moins que les parties n'en décident autrement. Dans ces conditions, il est difficile pour une partie éventuelle de savoir si un arbitre particulier a des préjugés ou un style particulier de procédure. Cet aspect constitue également un obstacle pour toute étude sur la pratique de l'arbitrage des différends en droit de la famille au nom de l'intérêt public. La présente étude s'est elle-même trouvée confrontée à ce problème. Pour éliminer ces difficultés, les arbitres devraient être tenus de conserver des dossiers et d'autoriser leur consultation. Ces recommandations figurent ci-dessous; voici la sanction réglementaire.

20. **Les règlements pris en application de la *Loi sur l'arbitrage* ou de la *Loi sur le droit de la famille* devraient stipuler que si les dossiers exigés aux recommandations 35, 36 et 37 ne sont pas tenus, une partie peut demander l'annulation de la sentence arbitrale.**

Conseils juridiques indépendants

Presque tous les participants ont admis l'existence du besoin d'obtenir des conseils juridiques indépendants pour les personnes qui sont parties à un arbitrage en droit de la famille ou en droit des successions.

L'étude a dû relever le défi d'évaluer le besoin évident d'obtenir des renseignements additionnels sur le droit et le processus d'arbitrage, par rapport à la crainte que l'obligation d'obtenir des conseils juridiques indépendants ne transforme ce qui est aujourd'hui une méthode de rechange utile et rapide aux procédures judiciaires en un processus plus long et légaliste.

21. **Le certificat de conseils juridiques indépendants dans les affaires de droit de la famille et de droit des successions devrait attester que la partie a reçu des conseils sur les lois de l'Ontario et du Canada applicables à sa situation de fait, le droit de l'arbitrage et les recours offerts aux deux parties par le droit de la famille et le droit de l'arbitrage de l'Ontario.**

22. **Les services d'arbitrage qui effectuent des arbitrages en droits familial et successoral devraient distribuer la déclaration de principe sur les arbitrages religieux prévue aux recommandations 16 et 17 aux clients éventuels, avant que les clients consultent un avocat.**

23. **Si le droit religieux est choisi par la convention d'arbitrage pour un litige de droit de la famille ou de droit des successions, le certificat de conseils juridiques indépendants devrait explicitement confirmer que l'avocat a lu la déclaration de principe sur l'arbitrage religieux et qu'il est convaincu que la personne détient suffisamment de renseignements pour comprendre la nature et les conséquences du choix du droit religieux.**

24. **La renonciation aux conseils juridiques indépendants dans les litiges de droit de la famille ou de droit des successions devrait déclarer que la partie a renoncé au droit de recevoir des conseils sur le droit de la famille de l'Ontario et du Canada et sur le droit de l'arbitrage de l'Ontario, et si le droit religieux est choisi, la renonciation devrait préciser que la partie a reçu et considéré la déclaration de principe sur l'arbitrage religieux prévue aux recommandations 16 et 17.**

Éducation juridique du public

Bien que les commentateurs aient souvent mis en garde l'auteure de l'étude sur l'insuffisance des dépliants et autres documents écrits, ils ont tous souligné le besoin de publier des renseignements utiles et accessibles pour que les femmes vulnérables,

en particulier, soient au courant de leurs options légales pour le règlement des différends.

25. **Le gouvernement de l'Ontario devrait élaborer, en collaboration avec des organisations communautaires et des spécialistes, une série d'initiatives d'éducation publique, dans le but de sensibiliser le public au système juridique, aux options de règlement extrajudiciaire des différends et aux dispositions du droit de la famille.**

26. **Les initiatives prévues à la recommandation 25 devraient être adaptées linguistiquement et culturellement aux divers besoins des différentes communautés, et tenir compte des difficultés de communication de certains membres de la collectivité (p. ex., aveugles, sourds, etc.)**

27. **Toute campagne d'éducation publique mise au point devrait comprendre, mais sans y être limitée, des renseignements sur les sujets suivants :**

    - **Les droits et obligations généraux en vertu de la loi**
    - **Les questions soulevées par le droit de la famille**
    - **Les méthodes substitutives de règlement des différends**
    - **La *Loi sur l'arbitrage***
    - **Les questions soulevées par le droit de l'immigration**
    - **Les soutiens communautaires**

28. **Les programmes d'information juridique à l'intention du public financés par le gouvernement de l'Ontario devraient présenter un survol des options de règlement des différends en droit de la famille, notamment le processus d'arbitrage.**

29. **Les programmes d'information juridique en droit de la famille à l'intention du public financés par le gouvernement de l'Ontario devraient être ouverts à tous les membres de la collectivité qui souhaitent y participer, qu'ils soient ou non parties à une procédure devant les tribunaux.**

30. **Les Centres d'information sur le droit de la famille devraient offrir des renseignements préparés par et pour des communautés ethno-culturelles particulières, et dans leurs langues, au sujet des droits et responsabilités énoncés dans les lois de l'Ontario et du Canada.**

Formation et éducation à l'intention des professionnels

Les parties aux arbitrages et médiations ne sont pas toujours au courant de la compétence professionnelle des arbitres ou médiateurs (ou de leur manque de compétence professionnelle) à qui elles confient le règlement de leurs différends. Il n'existe aucun dispositif de contrôle de la qualité pour vérifier si l'intention de la *Loi sur l'arbitrage* de régler rapidement et équitablement les différends en droit de la famille

n'est pas bafouée et si des inégalités graves dans le traitement des hommes et des femmes dans les décisions arbitrales ne se produisent pas avec le temps.

La réalité de la réglementation des services professionnels suggère qu'une combinaison de règlements de l'état, de la collectivité et du marché serait probablement susceptible de produire les meilleurs résultats. L'auteure de l'étude craignait vivement que la simple élimination des appuis et limitations réglementaires (en interdisant complètement l'arbitrage des différends en droit de la famille) ne réduise les options de règlement des différends mises à la disposition du public et ne repousse la pratique des arbitrages religieux hors du système juridique, ce qui limiterait la capacité des tribunaux d'intervenir pour remédier aux problèmes.

31. **Le gouvernement de l'Ontario devrait coopérer avec les organismes professionnels à l'élaboration d'un processus d'examen uniformisé pour détecter la violence familiale, qui serait utilisé dans les médiations et les arbitrages de différends en droits familial et successoral.**

32. **Le ministère du Procureur général, le Barreau du Haut-Canada et LawPro devraient créer un groupe d'étude conjoint chargé d'examiner l'utilisation de l'arbitrage dans les différends en droits familial et successoral, en vue d'élaborer et d'assurer une formation continue à l'attention des avocats au sujet de l'arbitrage et des conseils juridiques indépendants, et d'étudier l'impact des questions d'assurance et d'indemnisation publique sur l'intérêt public.**

33. **Le gouvernement de l'Ontario devrait collaborer avec des associations professionnelles de médiateurs et arbitres en vue d'assurer une formation sur les problèmes d'inégalité dans les litiges de droit de la famille et de droit des successions, l'utilisation du processus d'examen prescrit à la recommandation 18, et le processus de certification par l'arbitre des documents pour un litige de droit de la famille et de droit des successions comme le prévoit la recommandation 19.**

34. **Les directives des associations professionnelles volontaires pour la formation, la conduite et la compétence des médiateurs et arbitres devraient clairement expliquer leur devoir professionnel de déclarer le besoin de protection d'un enfant.**

35. **Les associations professionnelles volontaires de médiateurs et arbitres devraient exiger que dans les litiges de droits familial et successoral, si les médiateurs font de l'arbitrage durant les séances de médiation, la convention d'arbitrage précède le début de la médiation, et que toutes les obligations de l'arbitre, énoncées aux recommandations 16, 17, 18 et 19, soient satisfaites avant le début de l'arbitrage.**

Surveillance et évaluation des arbitres

L'un des points les plus urgents qu'a soulevés l'étude est le besoin d'instaurer un quelconque dispositif de surveillance. Le gouvernement manque de renseignements sur l'étendue de l'utilisation de l'arbitrage dans les litiges familiaux et successoraux et sur l'impact de l'arbitrage sur les personnes vulnérables. Cette situation a été considérée comme un problème grave par pratiquement toutes les personnes qui ont répondu à l'étude.

36. **Le ministère du Procureur général devrait coopérer avec des organisations professionnelles à l'examen des codes de déontologie existants et à l'évaluation de l'application de ces codes lorsqu'une personne exerçant des fonctions professionnelles tient des séances d'arbitrage ou de médiation.**

37. **Les décisions des arbitres dans les litiges de droits familial et successoral devraient être délivrées aux parties par écrit avec une copie de la convention d'arbitrage et toute annexe prescrite par voie de règlement. Les décisions devraient être accompagnées des motifs écrits.**

38. **L'arbitre de différends en droits familial et successoral devrait conserver des copies des décisions pendant au moins dix ans.**

39. **Les arbitres devraient être tenus de conserver des dossiers de chaque arbitrage de différend en droit de la famille ou en droit des successions, y compris les noms des parties et de leurs représentants (le cas échéant), la convention d'arbitrage, les certificats de conseils juridiques indépendants ou leurs renonciations, les documents déposés par les parties, un résumé des faits de l'affaire et la décision écrite. Des copies de ces dossiers devraient être mises à la disposition des parties sur demande. Si l'arbitre ne tient pas ces dossiers ou s'il ne donne pas accès aux dossiers lorsque la demande en est faite, la décision arbitrale est susceptible d'être annulée.**

40. **Les arbitres de litiges en droit de la famille et en droit des successions devraient être tenus de faire état, chaque année, au ministère du Procureur général, des renseignements cumulatifs et non identifiant suivants :**

    - **Le nombre d'arbitrages effectués,**
    - **Le nombre d'appels ou de motions en annulation et leur issue, si elle est connue (p. ex., procédure pendante, décision d'annulation, renvoi du tribunal à l'arbitre),**
    - **Toute plainte ou mesure disciplinaire contre eux dont ils ont connaissance et qui a été prise, au cours de l'année, par leur organisme professionnel ou les tribunaux.**

41. **Les arbitres de litiges de droits familial et successoral devraient être tenus de remettre au gouvernement de l'Ontario des résumés de chaque décision, dénués de renseignements susceptibles de révéler l'identité des personnes concernées, et le gouvernement devrait autoriser la consultation de ces résumés, sur demande, à des fins de recherche, d'évaluation et de protection des consommateurs. Si, à l'avenir, les arbitres devaient former une profession dotée d'un pouvoir d'auto-réglementation, les résumés des décisions devraient être transférés à l'organe de réglementation de cette profession.**

42. **Les organismes d'inscription volontaire devraient considérer l'omission de donner accès aux décisions et de déposer les décisions conformément aux recommandations 40 et 41 comme un motif d'annulation de l'inscription de l'arbitre.**

Développement communautaire

Le gouvernement ne peut pas, et ne devrait pas, se charger à lui seul de la préparation des ressources en matière d'éducation juridique du public. Pour que les ressources soient accessibles et adaptées aux besoins des deux sexes et des différentes cultures, et pour assurer l'efficacité des messages, il est préférable d'établir des partenariats entre le gouvernement et la collectivité en vue de l'élaboration des initiatives d'éducation publique sur l'arbitrage et les questions connexes. Une approche collaborative, mettant en jeu de nombreuses facettes de la collectivité, constituera la stratégie d'éducation publique la plus efficace.

43. **Le gouvernement de l'Ontario devrait encourager les organismes communautaires qui offrent des services d'arbitrage à élaborer du matériel d'information sur les droits et obligations prévus par le droit religieux et leur octroyer du financement à cette fin.**

44. **Le gouvernement de l'Ontario devrait encourager les organismes communautaires à coopérer avec des fournisseurs de ressources d'éducation publique chevronnés et le milieu juridique à la recherche et à l'élaboration de documents d'information publique efficaces qui expliquent les droits énoncés dans les lois de l'Ontario et du Canada, dans un style à la portée des communautés de divers milieux et cultures. Le gouvernement de l'Ontario devrait aussi leur octroyer du financement à cette fin.**

Élaboration future de politiques

Un certain nombre de recommandations ont été formulées dans l'étude afin de répondre aux inquiétudes les plus urgentes concernant l'utilisation de l'arbitrage pour trancher des différends en droit de la famille et en droit des successions. Cela n'élimine en rien le besoin de trouver également des solutions à long terme.

45. **Le ministère du Procureur général devrait établir un objectif à long terme d'auto-réglementation professionnelle des médiateurs et arbitres qui traitent des différends en droit de la famille et en droit des successions. Le ministère devrait travailler de concert avec des organisations professionnelles, y compris le Barreau du Haut-Canada et des organisations de médiation et d'arbitrage volontaires, en vue d'élaborer un processus de consultation qui aboutira à des directives sur la conduite et la qualification de ces professionnels.**

Comme nous l'avons vu, la *Loi sur le droit de la famille* traite déjà d'une façon bien particulière l'annulation d'une transaction qui a été négociée dans le contexte de l'élimination des obstacles religieux au remariage. Sur la base de ce concept, il pourrait être possible pour le gouvernement d'assurer un niveau de surveillance judiciaire plus élevé sur les règlements des différends en droits familial et successoral qui sont négociés en vertu de principes religieux. C'est un domaine qui selon moi mérite des efforts approfondis d'étude et d'analyse.

46. **Le ministère du Procureur général devrait mener une analyse plus approfondie de la légalité et de la désirabilité de l'exigence d'un niveau de surveillance judiciaire sur les règlements des différends en droits familial et successoral, régis par des principes religieux, plus élevé que pour les règlements des différends de nature non religieuse en vertu de la partie IV de la *Loi sur le droit de la famille*, en sus des motifs additionnels énoncés dans les présentes recommandations en vertu desquels les sentences arbitrales pourraient être contestées.**

ANNEXE I

Mandat

Examen du processus d'arbitrage par Marion Boyd

Marion Boyd a reçu pour tâche de présenter ses conseils et recommandations au procureur général et à la ministre déléguée à la Condition féminine au sujet du recours à l'arbitrage privé pour régler des conflits en matière de droit de la famille et de successions, et de l'impact que le recours à l'arbitrage pourrait avoir sur les personnes potentiellement vulnérables, comme les femmes, les personnes handicapées et les personnes âgées. L'examen tiendra compte des arbitrages à caractère religieux.

M^me^ Boyd, avec l'aide de représentants gouvernementaux, consultera les parties intéressées afin de connaître leurs points de vue. M^me^ Boyd prendra en considération la prévalence du recours à l'arbitrage dans les affaires de droit de la famille et de successions ainsi que dans d'autres affaires concernant les personnes vulnérables. Dans la mesure où ce serait nécessaire pour comprendre les processus d'arbitrage, M^me^ Boyd pourrait décider d'examiner le recours à d'autres modes de règlement des **litiges** (médiation, droit collaboratif, ententes de séparation). Elle étudiera les protections qui sont offertes aux participants dans différents systèmes de règlement des litiges et dans divers territoires de compétence. M^me^ Boyd prodiguera ses meilleurs conseils et recommandations, tenant compte du point de vue des parties intéressées et de tout consensus entre ces parties au sujet de l'une ou l'autre des questions examinées. En revanche, M^me^ Boyd ne sera pas liée par les consensus éventuels qui seraient atteints durant l'élaboration de ses conseils et recommandations.

Les conseils et les recommandations de M^me^ Boyd reflèteront les principes suivants :

- Les gouvernements et les lois sont liés par la *Charte des droits et libertés* et les mesures gouvernementales devraient respecter les valeurs de la Charte;
- Les protections applicables au règlement des litiges privés devraient être uniformes quelle que soit la méthode employée;
- Les parties devraient participer volontairement aux modes de règlement **des litiges** quels qu'ils soient, sans subir de pression ou de contrainte de la part de membres de la famille ou de la collectivité;
- Les protections pour les ententes de séparation prévues à l'article 56 de la *Loi sur le droit de la famille* sont des protections minimales;
- Le règlement final doit être assujetti aux meilleurs intérêts des enfants, sur le plan de l'éducation parentale, de la continuité des soins et du soutien financier;
- Le tribunal se réserve le droit de surveiller les enfants, ainsi que les soins et le soutien qui leur sont prodigués;
- Le **règlement** final **des litiges** privés, conformément aux principes de justice fondamentale, peut être préférable à un litige judiciaire.

L'examen devrait englober les sujets suivants :

- La prévalence et l'utilisation de l'arbitrage dans les affaires de droit de la famille et de successions;

- L'utilisation actuelle de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* en vue de mettre à exécution les décisions arbitrales par le biais des tribunaux de l'Ontario;
- Tout impact différentiel que le recours à l'arbitrage a sur les femmes, les personnes âgées et les personnes souffrant de handicaps ou d'autres groupes vulnérables.

M^{me} Boyd rendra compte des progrès de l'examen au procureur général ou à la ministre déléguée à la Condition féminine, s'ils le lui demandent.

M^{me} Boyd remettra un rapport final au procureur général et à la ministre déléguée à la Condition féminine résumant les opinions qui ont été exprimées et ses recommandations et conseils. Ce rapport sera soumis dans un format susceptible d'être diffusé au public, conformément à la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée.*

Pour communiquer avec l'équipe chargée de l'examen :

Veuillez écrire à : Examen de l'arbitrage
C/O 11^{e} étage
720, rue Bay
Toronto (Ontario)
M5G 2K1

Courriel : boyd.review@jus.gov.on.ca

Téléphone : 416 326-2500 et demander l'examen de l'arbitrage

ANNEXE II

Liste des participants

Marion Boyd a eu des entretiens avec les personnes suivantes:

Nom	Organisation
Faduma Abdurahman	Catholic Immigrant Centre
Sheikh Faisal Abdur-Razak	Islamic Forum of Canada
Humera Abrahim	Conseil canadien de femmes musulmanes
Ayesha Adam	
Allen Adel	B'nai Brith Canada
Mahmoud Ahmadi	Porte-parole pour l'International Federation of Iranian Refugees.
Istar Ahmed	Dar-ul-Qada
Suad Aimad	Dar-ul-Qada
Margaret Alexander	Membre du conseil, Ontario Association of Interval and Transition Houses (OAITH)
Anisa Ali	Islamic Humanitarian Service
Faizal Ali	
Harris Ali	
Surya Ali	
Syed Mumtaz Ali	Islamic Institute of Civil Justice
Tariq Ali	
Imam Shabir Ally	Islamic Dawa & Information Centre
Samy Appadurai	Toronto Police Muslim Consultative Committee
Sherry Ardell	Canadians in Support of Afghan Women
Furugh Arghavan	Activist of the Iranian Civil Rights Committee in Toronto
Homa Arjomand	International Campaign Against Shari'a Court in Canada – including 3318 Names on Petition
Zahir Bacchus	

Natasha Bakht	CCFM & ANFD Researcher
Ahmed Baksh	Canadian Islamic Congress
Shirez Bharmal	National Conciliation and Arbitration Board of Canada
Hamid Bashani	Avocat
Lise-Marie Beaudry	Directrice, Oasis centre des femmes
Ouahida Benjedou	Stagiaire, Shibley Righton LLP
B. Husain Bhayat	Dar-ul-Qada
Anu Bose	National Organization of Immigrants and Visible Minority Women of Canada
Bill Brant	Ontario Federation of Indian Friendship Centres
Evelyn Brook	Présidente, Canadian Coalition of Jewish Women for the Get
Anita Bromberg	B'nai Brith Canada
Janet Epp Buckingham	Directrice, droit et politique publique, Evangelical Fellowship of Canada
Katherine Bullock	Islamic Society of North America
Dominic Cardona	Réalisateur
Terrance W. Caskie	Christies, Barristers and Solicitors
Kamori Clarke	Yale University
Ned Courtney	Family Mediation Canada
Andrée Côté	Directrice de la legislation et de la reforme du droit, Association nationale des femmes et du droit
Elizabeth Cuddy	
Kim Derry	Staff Superintendant, Toronto Police Service
Dekha David	Catholic Immigrant Centre
Bonnie Diamond	Directrice, Association nationale des femmes et du droit
Frank Dimant	B'nai Brith Canada
Gariborz Dorafshar	

A. Burke Doran	Doran and Mills, Barristers and Solicitors
Shahin Dorafshar	
Debbie Douglas	Directrice, Ontario Council of Agencies Serving Immigrants (OCASI)
Diane Dupont	Action ontarienne contre la violence faite aux femmes
Majed el Shafie	Christian Legal Fellowship
Rabbi Edward Elkin	
Elka Enola	The Humanist Association of Toronto
Philip M. Epstein	Epstein Cole
Imam Adam M. Esse	Coalition of Muslim Organizations
Bibi Etrat	Avocate iranienne
Jo-Anne Fan	Etudiante en droit (University of Ottawa)
Tarek Fatah	Hôte, The Muslim Chronicle
Mary Lou Fassel	Directrice légale, Barbara Schlifer Commemorative Clinic
Rocco Galati	Conseil, Muslim Canadian Congress
Dada Gasibaro	Oasis centre des femmes
Charles M. Gastle	Conseil, Shibley Righton LLP -Adjunct professor, Osgoode Hall, York University
Grant Gold	Président OBA Family Law Section
Abass Goya	Militante féministe
Moulana Habeeb	United Muslims
Khadija Haffajee	
A. Osman Haji	
Mahmud Hassan	Muslim Canadian Congress
Najjet Hassan	Conseil canadien de femmes musulmanes
Valerie Hazlett-Parker	membre Christian Legal Fellowship
Uruzurum Heer	Council of North American Muslims

Mary Hernandez	Immigrant Women Services Ottawa
Alia Hogben	Conseil canadien de femmes musulmanes
Sheila Holmes	Advocates Society
Sharon Hoosein	Infirmière
Humera Ibrahim	Conseil canadien de femmes musulmanes
Khayal Ibrahim	Co-directrice, Organization Defending Iraqi Women's Rights
Abdul Ingar (and others)	Islamic Society of Toronto
Susan Jaco	National Council of Women of Canada
Rizwana Jafari	Muslim Canadian Congress
Razia Jaffer	Conseil canadien de femmes musulmanes
Nuzhat Jafri	Conseil canadien de femmes musulmanes
Nasrun Jami	
Brian Jenkins	Fathers are Capable Too (FACT)
Norma Joseph	Fondatrice, Canadian Coalition of Jewish Women for the Get
Zohra R. Kalamadecu	Conseil canadien de femmes musulmanes
Sharon Kan	Catholic Immigrant Centre
Zul Kassamali	Association of Progressive Muslims of Canada
Nina Karachi-Khaled	Conseil canadien de femmes musulmanes
El-Farouk Khaki	Muslim Canadian Congress
Fouzieh Khalediyan	Committee to Defend Women's Rights in the Middle East-Canada
Afshan Khan	Catholic Immigrant Centre
Genghiz Khan	
Hasib Khan	Dar-ul-Qada
Mamuda Khan	
Mobeet Khan	Dar-ul-Qada
Mohammed Ayub Ali Khan	

Senghiz Khan	
Shah Khan	Dar-ul-Qada
Yasmi Khan	
Zeba Khan	
Rabia Khedr	Diversity Consultant
Shahram Kholdi	Etudiant en droit, candidat à la maîtrise, University of Toronto
Khalida Khurshid	
Ruth Klein	B'nai Brith Canada
Wendy Komiotos	Directrice, Metropolitan Action Committee on Violence Against Women and Children (METRAC)
Mehdi Kouhestaninejad	Muslim Canadian Congress
Barbara Landau	Cooperative Solutions
Catherine Laidlaw-Sly	National Council of Women of Canada
Bev LeFrancois	Community Centre for Peace, Ecology, and Human Rights
Heather Levecque	Ontario Federation of Indian Friendship Centres
Victoria Machaelo	National Council of Women of Canada
Martha Mackinnon	Justice for Children and Youth
Imam Ibrahim Malabari	Jamie Mosque, Toronto
Khorer Maled	
Karen Malek	Association of Muslim Arbitrators
Ali Mallah	Muslim Canadian Congress
Alfred A. Mamo	Mamo and Associates, Barristers and Solicitors
Sylvia Maracle	Ontario Federation of Indian Friendship Centres
Julie Matthews	Community Legal Education Ontario (CLEO)
Wasi Mazhar	Dar-ul-Qada
Marilou McPhedran	Consultante, Canadian Counsel of Muslim Women

Shakilah Mehrunnisa	
Randa Meshki	Centre de santé communautaire de Hamilton (Hamilton Francophone community health centre)
Paul Mineiro	Fathers Are Capable Too (FACT)
Faduma Mohamed	Toronto Police Muslim Consultative Committee
Hamdi Mohamed	Pinecrest-Queensway Health and Community Services
Gitee Mosavi	Women's Liberation
Jeanne-Françoise Mouë	Mouvement ontarien des femmes immigrantes francophones (MOFIF)
Ayshia Mussleh	Ethno Racial People with Disabilities Coalition of Ontario (ERDCO)
Khadija Mustafa-Ali	Freelance media consultant
Amena Nabi	Conseil canadien de femmes musulmanes (Ottawa)
Aley Naqui	Dar-ul-Qada
Maria Neil	Conseil canadien de femmes musulmanes
PC Hojt-Nijor	Toronto Police Muslim Consultative Committee
Daljit S. Nirman	
S. Banor Noor	Dar-ul-Qada
Joanna Obrejanus	Dar-ul-Qada
Chelby Oniyemofe	Conseil canadien de femmes musulmanes
Helen Parker	Infirmière
Marianne Park	Membre du conseil DisAbled Women's Network (DAWN)
Imam Abdul Hai Patel	Coordinateur – Islamic Council of Imams – Canada
Gaëtanne Pharand	Action ontarienne contre la violence faite aux femmes
Luba Podolsky	Provincial Council of Women of Ontario
Imam Faisal Razak	Assistant coordinateur – Islamic Council of Imams – Canada

Saeedeh Razani	Iranian Women's Organization
Joel Richler	Canadian Jewish Congress
Simon Rosenblum	Directeur politique publique, Canadian Jewish Congress
Ruth Ross	Christian Legal Fellowship
Rabbi Joel Roth	Président, Canadian Jewish Congress
Susan Russell	Canadian Federation of University Women
Josette Rutababiza	Mouvement ontarien des femmes immigrantes francophones (MOFIF)
Haroon Salamat	Toronto and Region Islamic Congregation
Solmaz Sahin	Conseil canadien de femmes musulmanes
Rabab Salim	Service provider, Centre de santé communautaire de Hamilton (Hamilton Francophone community health centre)
Niaz Salimi	Muslim Canadian Congress
Imam Hamid Salimin	Président et secrétaire – Islamic Jurisprudence Committee of Islamic Council of Imams
Riad Saloojee	Canadian Council on American Islamic Relations – Canada (Cair-Can)
Helen Saravanamutloo	Conseil canadien de femmes musulmanes
Anne Saris	Professeure McGill University in Family Law and Religious Norms
Diane Sasson	Directrice , Auberge Shalom (Jewish women's shelter, Montreal)
Irfan Sayed	Muslim Lawyers Association
Nasreen Shah	Assistante légale Goodmans LLP
Mazharulhaque Shaheen	Dar-ul-Qada
Farzana Hassan Shahid	Muslims Against Terrorism
Mohammed Shahid	
Hanif Shaikh	Toronto Police Muslim Consultative Committee
Mubinn Shaikh	Masjid El-Noor

Uzma Shakir	Executive Director, Council of Agencies Serving South Asians (CASSA)
Sheena Sharp	Humanist Association of Canada
Danielle Shaw	Directrice des relations gouvernementales, Armée du salut
Adbul Sheikh	Masjid El-Noor
Haniya Sheikh	Muslim Lawyers Association
Nadira Sheralam	Co-présidente, South Asia Left
Amina Sherazee	Conseil canadien de femmes musulmanes
A. Shiraz	Muslim Canadian Congress
Issam Shukri	Coordinateur de l'Organization for the Defense of Secularism in Iraqi Society-ODSIS
Arif Siddiqui	Dar-ul-Qada
Robert Simpson	Consultant en communications, Campaign Against Sharia Court
Imam Hamid Slimi	Islamic Jurisprudence Committee of Islamic Canada
Khaddouj Souaid	Conseil canadien de femmes musulmanes
Kate Stephenson	Co-présidente FAEJ Comite légal national
Naseer (Irfan) Syed	Muslim Lawyers Association
John Tibor Syrtash	Beard Winters LLP
Zamzam Tan	Carlington Community and Health Services
Rabbi Roy Tanenbaum	Beit Din conservateur
Adama Touré	Oasis centre des femmes
Rabbi Reuven Tradburks	Beis Din orthodoxe
Zubeda Vahed	
Wahida Valiante	Canadian Islamic Congress
Valery Vlad	Réalisateur
Asna Warsi	
Nosheen Warsi	

Lorraine Waugh	Women of Halton action Movement
Cindy Wilkey	Avocate, Income Security Advocacy Centre
Mila Younes	Musulmane, membre de MOFIF et auteur d'un livre sur le statu de femmes musulmanes
Nasreen Zahirieh	
Iman Zebian	Conseil canadien de femmes musulmanes
Nezha Zizi	Immigrant Women Services & Canadian Council of Women

ANNEXE III

Liste des soumissions

J'aimerais remercier toutes ces personnes qui on fait l'effort de m'écrire par poste ou par courrier électronique, et qui ont signe des pétitions à l'attention de l'étude. Malheureusement vous êtes trop nombreux pour vous remercier individuellement.

Néanmoins, vos opinions ont servi à articuler la portée de la question et à identifier certains problèmes particuliers. Les préoccupations des citoyens de l'Ontario à l'égard de la question de l'arbitrage en droit de la famille et des successions, ainsi que son impacte potentiel sur les personnes vulnérables, démontre que nous sommes une société engagée prête à être au prises avec des questions complexes de façon constructive et ouverte.

Organisation	Soumission
Association Of Muslim Arbitrators	Review of Ontario's *Arbitration Act* & the Arbitration Process
B'nai Brith Canada	Review Of The Arbitration Process Religion and Culture in Canadian Family Law
Conseil canadien de femmes musulmanes	Review of the Ontario *Arbitration Act* and Arbitration Processes, Specifically In Matters of Family Law Applicability of Sharia/Muslim Law in Western Liberal States
Canadian Council On American-Islamic Relations (CAIR-CAN)	Review of Ontario's Arbitration Process and *Arbitration Act*
Canadian Foundation For Children Youth And The Law	Justice For Children and Youth
Canadian Islamic Congress	Documentation fournie
Canadian Jewish Congress	Documentation fournie
Canadian Muslim Lawyer Association	Canadian Muslim Lawyer Association – Summary of Submissions to Marion Boyd Re Review Of Private Arbitrations Process In Ontario
Christian Legal Fellowship	Ministry of the Attorney General Of Ontario – Religious Arbitration Review
Coalition Of Jewish Women For The Get	Documentation fournie
Community Legal Education Ontario (CLEO)	Documentation fournie
Council Of Agencies Serving South-Asians (CASSA)	

Dar-ul-Qada	Documentation fournie
Disabled Women's Network Dawn	
Dr. Barbara Landau, Cooperative Solutions	Documentation fournie
Dr. Mamuda Khan	Documentation fournie
Fathercraft	Documentation fournie
Fathers Are Capable Too – FACT	The *Arbitration Act* and Family Law
Francophone Violence Against Women Advocates	Documentation fournie
His Highness Prince Aga Khan Shia Imami Ismaili National Conciliation and Arbitration Board for Canada	Submission to Ontario Arbitration Review
Humanist Society	Documentation fournie
International Campaign Against Shari'a Court In Canada	Petition Against Sharia
Islamic Council Of Imams – Canada	Islamic Arbitration Tribunals & Ontario Justice System
Islamic Humanitarian Service	Response to Review of Ontario's Arbitration Process and *Arbitration Act*
Islamic Institute Of Civil Justice	Documentation fournie
The Islamic Society of North America	ISNA Canada Position Statement: Muslim Tribunals in Ontario
The Islamic Society of Toronto	Review of Ontario's Arbitration Process & the *Arbitration Act*
Masjid El Noor	Shariah Tribunals and Masjid El Noor: A Canadian Model
Movement ontarien des femmes immigrantes francophones	Documentation fournie
Muslim Canadian Congress	Submissions by Muslim Canadian Congress – Review of Arbitration Process by Marion Boyd
Muslim Women's Congress	Documentation fournie
Muslims Against Terrorism	Documentation fournie
Abu Muta'zila	Documentation fournie
National Association Of Women And The Law	Family Arbitration Using Sharia Law: Examining Ontario's *Arbitration Act* and Its Impact on Women
National Council Of Women Of Canada	Documentation fournie

Association du barreau de l'Ontario	
Ontario Council Of Agencies Serving Immigrants – OCASI	
Ontario Federation of Indian Friendship Centres	Documentation fournie
Provincial Council of Women of Ontario	Documentation fournie
Toronto Police Muslim Consultative Committee	Islamic Arbitration Tribunals In Ontario
United Muslims	Documentation fournie
Madeline Weld	Critique of the Islamic Sharia Proposal in Canada
Fond d'éducation et d'action juridique – FEAJ	Women's Legal Education and Action Fund ("Leaf"): Submission to Marion Boyd in Relation to Her Review of the *Arbitration Act* – September 17, 2004

ANNEXE IV

Règles pour les procédure de conciliation

Son altesse royale le Prince Aga Khan Shia Imami Ismaili pour le Canada

1. DISTINCTION BETWEEN CONCILIATION AND ARBITRATION

1.1 "Conciliation" is a process of mediation in which a neutral person assists the parties to a dispute in reaching their own settlement. The neutral person does not have authority to make a binding decision on the parties. As the process is entirely voluntary, the parties may withdraw from the process at any time.

1.2 By contrast, "arbitration" is a process in which each party presents its case at a hearing before a panel of one or more persons who make a final and binding decision which is subject, under certain very limited circumstances to review by the courts of law.

2. MANDATE OF THE BOARD

2.1 The Board's role as conciliator is defined in article 13.1 (a) of the Ismaili constitution as follows:

> "to assist in the conciliation process between parties in differences or disputes arising from commercial, business and other civil liability matters, domestic and family matters, including those relating to matrimony, children of a marriage, matrimonial property , and testate and intestate succession".

2.2 It is the Board's duty to handle all disputes confidentially, expeditiously and with the minimum of expense.

3. PRE-INTERVIEW

3.1 All cases shall in the first instance, be referred to the Regional Board, together with the following basic particulars:

(a) Names, addresses and telephone numbers of the parties; and

(b) the general nature of the dispute

3.2 The Chairman of the Regional Board, after being satisfied that the dispute falls within article
13.1 (a) of the Ismaili constitution and that the case is not one for referral to some other body (see Rules 3.3 and 3.4 below), shall assign a member of the Regional Board to conduct a preliminary interview.

3.3 Where a party is resident outside the territorial jurisdiction of the Regional Board, the Regional Board shall inform the National Board and consult with the National Board as to the most appropriate manner of settling the case. Where a party is resident outside (country), The National Board shall for the purpose of conciliation co-ordinate with the National Board having responsibility for the

country of residence of the other party, whilst keeping the International Board informed at all times and dealing generally with the matter in accordance with any advice which may be received from the International Board.

3.4 In order to reserve to the Board the task of assisting primarily in the resolution of the more serious disputes (so as not to burden the Board's limited resources by relatively minor disputes) and also to prevent the Board from turning into a "counselling clinic" or "crisis centre", cases shall, where they fall appropriately within the responsibility of other jamati institutions, such as the Council's Social and Welfare or marriage committees, be referred to those institutions.

4. PRELIMINARY INTERVIEW

4.1 The interviewer shall promptly contact the parties and obtain from them the relevant particulars on a form such as the one described in the Schedule hereto.

4.2 The interviewer shall request each party to sign a submission form containing the following particulars:

(a) a brief statement of the issues to be resolved, and the acknowledgment that the dispute is submitted to the Board for conciliation;

(b) where applicable and if possible, an undertaking that any legal proceedings will be stayed while the dispute is under conciliation, but without restricting the right of a party to take such steps as may be necessary to prevent an action being time barred under any law governing limitations;

(c) an acknowledgment that any statements made by the parties shall be on a "without prejudice" basis and for the purposes of settlement only,

(d) a waiver by the parties of any possible claim they may have against the conciliator concerning recommendations that may be made or opinions offered in the course of the conciliation; and

(e) an acknowledgment that the parties have voluntarily submitted to the jurisdiction of the Board.

4.3 Where a dispute is submitted to the jurisdiction of the Board by only one party to the dispute, the interviewer shall contact the other party by letter or in person, to invite that other party to use the services offered by the Board; but such contact shall not be in a manner likely to be perceived as partisan and shall emphasize only the advantages to both parties and participating in the conciliation process (i.e. an expeditious and inexpensive resolution of the dispute; handled confidentially).

4.4 Upon completion of the interview, the interviewer shall report to the Chairman who shall assign the case for conciliation, after being satisfied:

(a) that the dispute falls within Article 13.1 (a) of the Ismaili Constitution

(b) that the case is not appropriate for referral to some other body; and

(c) that the parties have executed the submission, form referred to in Rule 4.2 above.

5. CONCILIATION

5.1 The Chairman shall select conciliators in accordance with the following criteria:

(a) the conciliator shall enjoy the respect of the parties, be able to exert moral persuasion and, where technical expertise or other special skills are required in a case, should possess such expertise or skills;

(b) the conciliator should have no interest in the outcome of the case nor be aware of any circumstances which could raise a likelihood of perceived bias;

(c) layman should normally be preferred over lawyers (firstly, so as to leave the lawyers available to handle the dispute should it proceed to arbitration and secondly, in order to avoid the potential problem of a recommendation for settlement by a lawyer-conciliator being construed as a legal opinion);

(d) Members of the National and Regional Boards should be preferred over other members of the jamati

(e) in order to ensure the proper accountability of the conciliator to the Board, where a non-Board member is asked to act as conciliator, that individual shall be assigned to the case jointly with a Board member, whose duty it shall be to monitor the case and report on its progress to the Board periodically pursuant to Rule 10 below; and

(f) in complex disputes a team of two or more conciliators may be preferred so that each can consult with the other on ways in which to resolve the case.

5.2 Notwithstanding the relative informality of the conciliation process (as compared to the formal hearings involved in arbitration), all conciliation shall be conducted in a dignified setting, wherever such are available.

5.3 The conciliator shall conduct the conciliation in a fair, ethical, orderly and dignified manner, and in accordance with the following guidelines:

(a) the purpose of the conciliation should be to persuade the parties to a meeting of minds, to resolve their differences amicably, and accordingly the role of the conciliator shall be merely to persuade and under no circumstances to coerce.

(b) the conciliator shall not offer to the parties any legal or technical advice, nor any valuation or opinion, and as far as may be practicable shall invite the parties to rely on their own judgment in considering any offers to settle;

(c) none of the parties shall be represented by a legal practitioner. However, if the parties wish they may with the consent of the conciliator, seek the assistance of a close friend or family member at the conciliation;

(d) the conciliator shall not participate in or encourage any unethical or illegal settlement

(e) the conciliator shall reserve the right to withdraw from the case if the parties conduct themselves in a disorderly or improper manner, or if the parties breach any undertaking to the Board;

(f) essential facts of the case shall be recorded and retained, along with supporting documentation, in the conciliator's files, which shall be submitted to the Board's custody at the conclusion of the conciliation;

(g) at all times, the conciliator shall respect the confidence of the parties and shall not, without the leave of all concerned parties, discuss or report (save as contemplated in Rule 10 below) any aspect of the dispute in a manner that might prejudice the parties; and

(h) the conciliation shall be commenced without undue delay and shall be conducted and concluded expeditiously.

5.4 If the parties have not, within such time as is reasonable having regard to the complexities and exigencies of the case, been able to reach a settlement, the conciliator shall report to the Board and recommend either termination of the conciliation or referral of the case pursuant to Rule 7 below.

6. SETTLEMENT

6.1 Where the parties have agreed to settle their differences, the conciliator shall prepare Minutes of Settlement recording all the essential terms of the settlement and shall have the parties sign the Minutes after obtaining Independent Legal Advice to signify their acceptance of the settlement.

6.2 The conciliator, where the complexities of the case warrant it, may request the assistance of lawyers to prepare the Minutes of Settlement -but the drafters of such document shall be mindful not to introduce into it materially new terms that might frustrate the discussed agreement.

7. FURTHER CONCILIA TION

If at the conclusion of the conciliation the conciliator recommends further attempts at mediation, or if the parties request it, the Regional Board may refer the case to the National Board for further mediation.

8. CONFIDENTIALITY

All cases shall be treated confidentially.

9. CONFLICTS OF INTEREST

9.1 Given that all Board Members are entrusted to act responsibly, the Board shall not entertain any dispute in which a party insists that the party's submission of its dispute to the Board is conditional on the Board keeping the facts of the dispute confidential from one of its members.

9.2 When a case is referred to the Board, upon learning of the names of the parties and, where necessary, the general nature of the dispute, members of the Board are expected to declare forthwith if they have or may probably have:

(a) any conflict of interest; or
(b) any perceptible bias that could compromise the Board in its handling of the case.

9.3 Where a Board member has a conflict of interest or where, in the opinion of the Board as a whole, there is a serious likelihood of perceived bias that could compromise the Board in its handling of the case, the Board member involved will be expected to abstain from any dealings in the case and from accessing the case file.

10. REPORTING

10.1 The Board member assigned to conduct an interview shall, promptly after conducting the interview, report on its outcome to the Board.

10.2 Upon being assigned to mediate a dispute, the conciliator shall promptly make an assessment of the complexities of the case and flexibility of the parties, and shall thereupon give to the Board, or the Chairman, an estimate of the anticipated time required to mediate the dispute. In addition, the conciliator shall, at least at each meeting, or more frequently as the circumstances may reasonably require, provide to the Board or Chairman a progress report of the case. The purpose of the progress report to the Board, or the Chairman, shall be to enable the Board, or the Chairman, to ensure that the case is being handled expeditiously and to apprise the Board of, and consult with its members on, any complications in the conciliation process.

11. DO'S AND DON'TS OF CONCILIATION

11.1 The conciliator shall not undertake mediation with any persons whom he has previously represented or to whom he has given any prior advice relating to the dispute. If there has been any previous contact with either one or both of the parties on an unrelated matter this should be disclosed to both the parties and the conciliator should proceed only on the written consent of both the parties.

11.2 The conciliator should inform the parties before the mediation commences that he will be functioning as a conciliator and not as an adviser for either or both the parties.

11.3 In order to maintain neutrality, the conciliator should avoid giving specific legal advice and should dispense only general legal information in the presence of both parties during the proceedings.

11.4 The conciliator should stay within his or her own area of competence and should not attempt to mediate highly contentious disputes without proper knowledge.

11.5 The conciliator should terminate mediation if at any time he believes that the condition for mediation have been breached or if in his opinion anyone of the participants is being harmed or seriously prejudiced by the process.

11.6 The Minutes of Settlement should be executed in the presence of the Chairman of the Board, if possible, after obtaining, independent legal advice to avoid any appearance of coercion on the part of conciliator.

11.7 The conciliator should decline to advise either of the parties in subsequent legal proceedings related to the dispute.

ANNEXE V

Règles de l'arbitrage

Son altesse royale le Prince Aga Khan Shia Imami Ismaili pour le Canada

1. TITLE, DEFINITIONS AND INTERPRETATION

1.1 These Rules shall be known as The Rules for Arbitration in Canada".

1.2 In these Rules, the words and expressions set out below shall have the meanings set out
opposite them unless the contrary intention appears or the context otherwise requires:

"Appeal Board" the National Board or the International Board as the context may require

"Regional Board" the Regional Conciliation and Arbitration "National Board" Boards or the National Conciliation and "International Board" or "Board" Arbitration Board or the International Arbitration Board (as the context may require)

"Arbitration Panel" one or more persons appointed in accordance with Rule 4 to act as arbitrators

"Award" or "Partial Award" or a decision of the Arbitration Panel on any "Interim Award" substantive issue placed before it

"Claimant" the person making the claim which is the subject of arbitration

"Constitution" the Ismaili Constitution

"Respondent" the person defending the claim which is the subject of arbitration

1.3 In these Rules unless the contrary intention appears:

(c) words importing the masculine gender include the feminine;

(d) words importing the feminine gender include the masculine;

(e) words in the singular include the plural;

(f) words in the plural include the singular;

(g) references to a person include a body of persons corporate or unincorporate; and

(h) references to the Arbitration Board shall include the Arbitration Panel in respect of an arbitration which has commenced.

1.4 Headings are inserted in these Rules for ease of reference only and do not form part of the Rules for the purpose of construction.

1.5 The failure at any time by the Arbitration Board to require performance by any person of any provision of these Rules shall in no way affect the right of the Arbitration Board to require such performance, and any waiver in respect of any person of any breach of any of these provisions shall not be construed as a waiver of any continuing or succeeding breach of that provision.

2. APPLICABILITY AND LAW OF ARBITRATION

2.1 These Rules shall apply to every arbitration of which the Arbitration Board is seized subject only to the overriding effect of any applicable laws of the jurisdiction where the arbitration takes place to the extent of any inconsistency.

2.2 The Arbitration Board shall apply such laws to the dispute as shall be applicable having regard to the rules on the conflict of laws.

2.3 Subject to the Rule 2.2, the Arbitration Board shall make its awards in accordance with the terms of any contract between the parties and shall have due regard to the relevant usages of trade or custom.

2.4 The Chairman of the Arbitration Board or the Arbitration Panel (if already constituted} shall determine whether the Arbitration Board has jurisdiction to hear and decide any application which may be made to it. Any such question shall (unless the Arbitration Panel otherwise directs} be raised no later than the closure of pleadings as described below.

2.5 The jurisdiction of the Arbitration Board or the Arbitration Panel (if already constituted} shall not be invalidated by reason only that the contract containing the agreement to submit to arbitration is declared by the Arbitration Award to null and void.

3. COMMENCEMENT OF ARBITRATION

3.1 Any person may apply to the Arbitration Board to submit for arbitration any dispute to which he is a party .Any such application shall be in writing and shall state:

(a} the name and address of every other party to the dispute;

(b} brief details of the dispute;

(c) whether all parties have agreed to submit the dispute to the Arbitration Board, and if so, supply a copy of such agreement.

3.2 The Arbitration Board shall proceed with the application only if satisfied that it discloses a cause of action over which the Arbitration Board would have jurisdiction if all the parties agreed to submit the matter for arbitration to the Arbitration Board. If it is not so satisfied, it shall reject the application and notify the applicant accordingly.

3.3 If it has previously been agreed in writing between the parties to the dispute to submit the matter to the Arbitration Board for arbitration and the Arbitration Board is satisfied as to the validity of that agreement, the Arbitration Board shall send a copy of the application to the other parties to the dispute.

3.4 If it has not previously been agreed in writing between the parties to the dispute to submit the matter to the Arbitration Board for arbitration:

(a) the Arbitration Board shall send a copy of the application for arbitration to the 5 other parties to the dispute;

(b) a copy of the application shall be accompanied by a submission agreement completed in all material respects in connection with the proposed arbitration in the form set out in the First Schedule whereby all the parties to the dispute would agree to submit the dispute for arbitration to the Arbitration Board in accordance with these Rules;

(c) a copy of the submission agreement shall simultaneously be sent to the person who submitted the dispute for arbitration for execution by him; and

(d) failing return of the duly executed submission agreement by every party to the dispute within 21 days of its dispatch by the Arbitration Board or such later time as the Chairman of the Arbitration Board may determine, the proposed arbitration will be deemed to have failed and all the parties to the dispute shall be informed accordingly.

3.5 The arbitration shall be deemed to have commenced:

(a) in the case of Rule 3.3, from the date of notification to the other parties to the dispute of the contents of the application for arbitration; or

(b) in the case of Rule 3.4, from the date of receipt by the Arbitration Board of the submission agreement signed by all the parties to the dispute, which agreement may take the form of several documents of the like form each signed by one or more of the parties to the dispute.

3.6 The Arbitration Board shall notify all the parties to the dispute of the date of commencement of the arbitration, and the designation of the parties for the purpose of arbitration, in particular:

(a) which party is the Claimant;

(b) which party is the Respondent;

(c) the designation of other parties, for example any Third Parties and any Second, Third or subsequent Respondents.

4. COMPOSITION OF THE ARBITRATION PANEL

4.1 The Chairman of the Arbitration Board shall (unless otherwise agreed by the parties) meet with the parties to the arbitration to select the Arbitration Panel, which shall be composed of:

(a) anyone individual, whether or not a member of the Arbitration Board, upon whom the parties and the Chairman of the Arbitration Board

unanimously agree and who himself agrees, should be the sole member of the Arbitration Panel; or

(b) any three individuals, of whom one at least shall be a member of the Arbitration Board, on all of whom the parties unanimously agree, and who themselves agree to act as the Arbitration Panel; or

(c) failing agreement under Rule 4.1 (a) or 4.1 (b) either one or three members of the Arbitration Board as the Chairman of the Arbitration Board shall designate.

4.2 Every Arbitration Panel shall have a chairman who shall be:-

(a) the sole arbitrator in the case of an Arbitration Panel of only one individual;
(b) the member of the Arbitration Board in the case of an Arbitration Panel which includes only one member of the Arbitration Board; or

(c) such member of the Arbitration Board as the Chairman of the Arbitration Board shall designate in the case of an Arbitration Panel which includes more than one member of the Arbitration Board.

4.3 Any person approached to act as a member of the Arbitration Panel should forthwith disclose to the Chairman of the Arbitration Board any conflict of interest which he may have or any factors which are likely to be seen as impeaching his impartiality or independence whether or not they actually do so, and the Chairman of the Arbitration Board may accordingly exclude him from acting as an arbitrator.

4.4 Any person appointed as a member of the Arbitration Panel shall be under an obligation forthwith to disclose to the Chairman of the Arbitration Board any conflict of interest of which he becomes aware during the course of an arbitration or of any factors which are likely to be seen as impeaching his impartiality or independence whether or not they actually do so, and the Chairman of the Arbitration Board may accordingly disqualify him from continuing to act as an arbitrator.

4.5 In the event of the death, resignation, disqualification or other incapacity, of a member of the Arbitration Panel occurring or becoming apparent before the termination of the arbitration, the Chairman of the Arbitration Board shall review the status of the arbitration and, after consulting with the remaining members (if any) of the Arbitration Panel and the parties to the arbitration, may take one or more of the following courses of action:-

(a) appoint a substitute arbitrator to take up the vacancy in the Arbitration Panel;

(b) direct that the arbitration should commence anew;

(c) direct that the newly appointed member of the Arbitration Panel be fully briefed

by the other members of the Arbitration Panel on the status of the arbitration and that thereafter the arbitration continue without the need for any re-submission of pleadings or evidence.

5. ASSISTANCE AND REPRESENTATION

5.1 Any party to an arbitration shall be free to seek assistance in the preparation of his submissions to the Arbitration Panel.

5.2 Subject to the legal right of any party to be represented by a lawyer any party deciding to be represented before the Arbitration Panel shall first seek the written consent of the Arbitration Panel. Any such written consent may:

(a) be specific for the named representative who should preferably be an Ismaili;

(b) provide directions as to the fees which may be charged by the representative;

(c) oblige the representative to agree to abide by these Rules and to respect the authority of the Arbitration Board and the Arbitration Panel in all matters connected with the arbitration.

6. PLEADINGS

6.1 The claimant shall submit a Statement of Claim to the Arbitration Panel within 14 days of the Commencement of arbitration. The Statement of Claim shall:

(a) briefly state the alleged facts;

(b) disclose the cause of action;

(c) identify the remedy sought;

(d) have attached to it copies of any documents on which the claimant relies to prove his case;

(e) refer to any further documents the Claimant intends to submit in support of his case and shall state when these will be submitted to the Arbitration Panel;

6.2 The Respondent shall submit a Defence to the Arbitration Panel within 21 days after service on him of the Statement of Claim. The Defence shall:

(a) state whether or not the alleged facts contained in the Statement of Claim are admitted and, if not, the extent to which they are denied;

(b) state the nature of the defence;

(c) have attached to it copies of any documents on which the Respondent relies in his defence

(d) refer to any further documents the Respondent intends to submit in support of his defence and state when these will be submitted to the Arbitration Panel;

(e) state any Counterclaims in the same format as a Statement of Claim as described in Rule 6.1.

6.3 Save with the Consent of the Arbitration Panel, no counterclaim will be permitted to be made after submission of the Defence.

6.4 The Claimant shall be entitled to reply to any counterclaim within 21 days of the service on him of the Defence and any such Response shall be in the same format as a Defence as described in Rule 6.2 save and except for the right to make a Counterclaim.

6.5 Any other Respondents shall submit their pleadings at such time and in such manner as the Arbitration Panel may direct.

6.6 The Arbitration Panel shall, on the application of any party to the arbitration, decide whether to allow it to submit further pleadings and if So, shall fix the time within which such pleadings shall be submitted.

6.7 Pleadings already submitted shall not be amended save with the written consent of the Arbitration Panel.

6.8 The Arbitration Panel shall notify the parties when the pleadings have closed.

7. PROCEEDINGS BEFORE THE ARBITRATION PANEL

7.1 Subject to the provisions of this Rule 7, the Arbitration Panel may hear and decide the arbitration in such manner as it sees fit and shall have such authority and discretion as are necessary in all procedural matters to ensure a just and equitable conclusion to the arbitration.

7.2 The Arbitration Panel shall strictly adhere to and apply the rules of natural justice equity and good conscience.

7.3 Any document supplied to the Arbitration Panel by one party shall (unless otherwise directed by the Arbitration Panel) simultaneously be supplied to the other parties;

7.4 Any document supplied in any language other than the language of the arbitration itself shall be translated into the language of the arbitration and be certified to the satisfaction of the Arbitration Panel as a true and accurate translation.

7.5 The written testimony of witnesses shall be submitted as affidavits subject to the right of any party to require the cross examination of any such witness. The Arbitration Panel may draw such conclusions as it sees fit from any default on the part of a deponent to submit to cross-examination.

7.6 At the request of any party to the arbitration, the Arbitration Panel shall hear oral evidence and oral argument on such issues and from such witnesses as

may have been previously notified in writing to the Arbitration Panel. In the absence of any such request, the Arbitration Panel shall decide whether to dispose of the matter on the basis of the documents alone or whether to hear oral evidence and oral argument.

7.7 Any oral proceedings before the Arbitration Panel shall be in camera and shall take place at such place and time as the Chairman of the Arbitration Panel may determine having regard to the needs of the parties and any special circumstances regarding the type of evidence to be submitted but having paramount regard to the dignity and impartiality of the proceedings.

7.8 In the event of oral proceedings, the parties shall be required to submit in writing to the Arbitration Panel details of the names and addresses of witnesses they intend to call. Muslim witnesses shall give evidence under the form of oath set out in Part I of the Second Schedule and non-Muslim witnesses shall give evidence under the form of oath or affirmation set out in Part II of the Second Schedule.

7.9 Subject to Rule 7.8, the Chairman of the Arbitration Panel shall determine the manner of examination of the witnesses and in particular, but without limitation, whether:

(a) the testimony of witnesses should be transcribed or recorded by any manual or electronic means; and

(b) whether any witnesses should be allowed to remain present whilst the testimony of 9 any other witness is being given.

7.10 All correspondence with the Arbitration Panel shall be conducted through the headquarters of the Arbitration Board and shall be addressed to the Chairman of the Arbitration Panel.

7.11 The parties shall produce to the Arbitration Panel such documents as it may require to be produced to it and the Arbitration Panel may draw such conclusions as it sees fit from any default.

7.12 Any procedural matters concerning the conduct of the arbitration shall be decided by the Chairman of the Arbitration Panel.

7.13 If at any stage of the arbitration proceedings, any party fails to appear or to present its case within the time limits prescribed by these Rules or by the Arbitration Panel, the Arbitration Panel may of its own motion or at the request of any other party, and upon giving reasonable notice to every other party, proceed with the arbitration and make an award.

7.14 Proceedings before the Arbitration Panel being for the bona fide purpose of resolving the dispute between the parties shall deem to be absolutely privileged and accordingly the parties agree that to the extent permitted by law:-

(a) except for the Arbitration Award or any Interim or Partial Award, none of the documents, papers or record of oral evidence in the possession of the Arbitration Panel or in the possession of the parties to the arbitration by virtue of having been submitted specifically for the purpose of the

arbitration shall be available for production in subsequent judicial proceedings; and

(b) no member of the Arbitration Board or Arbitration Panel shall be called upon to give evidence of any kind in any such subsequent judicial proceedings.

8. CONFIDENTIALITY

The parties to the arbitration shall not at any time divulge or communicate to any person other than a person directly concerned with the arbitration any information concerning the arbitration.

9. AWARDS, INTERIM AWARDS AND PARTIAL AWARDS

9.1 The Arbitration Panel may make such Award in respect of the arbitration as it may determine and in the case of an Arbitration Panel comprising three or more members, its decision shall be reached by simple majority of its members.

9.2 The Award shall:-

(a) be in writing signed by every member of the Arbitration Panel in the presence of each other and any dissenting member of the Arbitration Panel may append a note of his dissension;

(b) state the date and place of the Award;

(c) not be accompanied by reasons unless the Arbitration Panel shall itself choose to provide a reasoned Award;

(d) be simultaneously sent to all parties to the arbitration;

(e) be filed or registered by the Arbitration Panel with the Arbitration Board which shall in turn file or register the award with such other authority as may be required by the laws of the jurisdiction where the arbitration took place or may need to be enforced;

(f) be subject to appeal as described in the Constitution; and

(g) subject to appeal, be final and binding and be carried out by the parties forthwith.

9.3 The Arbitration Panel may at any time dispose of part only of the matters placed before it for arbitration by making such Partial Award as it deems fit.

9.4 The Arbitration Panel may on the application of any party to an arbitration before it, make such Interim Award as it considers necessary to protect the position of the parties pending the conclusion of the arbitration and the making of the Award. Any such Interim Award may be made subject to such conditions as the Arbitration Panel may determine, including, without limitation, requiring the party requesting such Interim Award to give security for any loss which may be suffered by the other parties to the arbitration by reason of the Interim Award.

9.5 Within 21 days of the date of any Award, Partial Award or Interim Award the Arbitration Panel may, or any parties to the arbitration may, with notice to the other parties, require the Arbitration Panel to:-

(a) resolve any ambiguity in the award;

(b) correct any errors of computation or of a clerical or typographical nature in the award;

(c) except in the case of a Partial Award or an Interim Award make an additional Award where the original Award does not deal with all the issues put before the Arbitration Panel for resolution.

10. SETTLEMENT OF ARBITRATION

10.1 The Arbitration Panel may at any time adjourn the proceedings or allow such facility as any of the parties may at any time request in the conduct of the arbitration to enable the parties to settle the dispute amicably between them and to bring the arbitration to an end.

10.2 If in the course of an arbitration the parties come to an agreed settlement of the issues placed before the Arbitration Panel for resolution, they may unanimously request the Arbitration Panel to issue a Settlement Award in such terms as may have been agreed between the parties.

10.3 If the Arbitration Panel sees fit, it may issue such Settlement Award, but shall not be obliged to state any reasons for the Award.

10.4 The Settlement Award shall be treated for all purposes as an Award of the Arbitration Panel.

11. TERMINATION OF ARBITRATION

11.1 Subject to any right of appeal, the arbitration shall be deemed to be terminated with effect from the date of the Award.

11.2 The Arbitration Panel shall issue an order of termination of the arbitration if at any time:

(a) all the parties to the arbitration so request; or

(b) it appears to the Arbitration Panel that the arbitration has become infructuous or
unnecessary; or

(c) it appears to the Arbitration Panel that it has become impractical to continue the arbitration.

12. COSTS OF ARBITRATION

12.1 For the purpose of this Rule, the costs of the arbitration shall be the aggregate of the following costs incurred by the Arbitration Panel:-

(a) photocopying and secretarial services;

(b) postage, telephone, telex and facsimile transmissions;

(c) courier services;

(d) transportation, accommodation and incidental expenses of members of the
Arbitration Panel;

(e) conference or meeting room hiring and location expenses;

(f) such other costs which may have been incurred by the Arbitration Panel for the
purpose of arbitration.

12.2 The costs of the arbitration shall be estimated by the Arbitration Panel and notified to all the parties to the arbitration together with a direction to each party to the arbitration to pay in to the Arbitration Board his pro rata share of the estimated costs.

12.3 During the course of an arbitration the Arbitration Panel may make revisions to its estimate of costs and accordingly may require the parties to the arbitration to pay their pro rata share to the Arbitration Board.

12.4 A final account of the costs of the arbitration shall be prepared by the Arbitration Board within 30 days of the termination of arbitration and any reimbursement due to the parties to the arbitration or any further calls (as the case may be) shall be made by the Arbitration Board within the said 30 days and any such final account shall be final and binding between the parties to the arbitration.

13. EXCLUSION OF LIABILITY

The Arbitration Panel, the Arbitration Board and the individuals comprising the Arbitration Panel and the Arbitration Board shall not be liable to any of the parties to the arbitration for negligence, breach of contract, misrepresentation or otherwise connected in any way with the arbitration proceedings or the Arbitration Award.

14. NOTICES AND TIME PERIODS

14.1 Any notice or other communication to be served under these Rules shall be in writing and shall be deemed to have been properly served if sent by courier, facsimile transmission, telex transmission or prepaid first-class letter post to the last known address, facsimile number or telex number of the addressee of which details have been notified in writing by the addressee to the addressor prior to the service of such notice or other communication.

14.2 Any such notice or other communication shall be deemed to have been served:-

(a) at the time of delivery to the address in the case of courier delivery;

(b) immediately in the case of facsimile or telex transmission; and

(c) 48 hours after posting in the case of pre-paid first-class letter post.

14.3 For the purpose of calculating time periods under these Rules, the day of receipt of any notice or other communication shall not be counted.

14.4 The Chairman of the Arbitration Panel shall have discretion to:

(a) extend any period mentioned in these Rules or otherwise required for the arbitration as the period within which any pleadings or other documents are required to be served; and

(b) condone any delay in respect of the service of any documents in any arbitration before the Arbitration Panel.

15. APPEALS

15.1 An appeal will lie from an award of the Regional Board to the National Board

(a) upon application by the appellant and referral by the Regional Board to the
National Board; or

(b) upon application by the appellant to and by special leave of the

National Board.

15.2 An appeal will lie from an award from the National Board to the International

Board

(a) upon application by the appellant and referral by the National Board to

the
International Board; or

(b) upon application by the appellant to and by special leave of the International Board.

15.3 An application for referral may be made orally at or in writing within 14 days of the date on which the Regional or the National Board makes the award from which appeal lies.

15.4 An application for special leave shall be made in writing to the Appeal Board within 14 days of the date on which the Regional or the National Board refuses the application for appeal.

15.5 The application in writing referred to in Rules 15.3 and 15.4 above shall be served by the applicant on all the parties as well as the Board which heard the original proceedings.

15.6 The Chairman of the Appeal Board shall designate three members of the Appeal Board to hear and decide the Appeal on behalf of and in the name of the Appeal Board and shall designate one of the three to be the chairman for the purposes of the appeal.

15.7 The Appeal Board before making an award may in its discretion call for further information or require the parties to appear before it for oral submissions. It may also direct the Regional Board or the National Board to furnish it with further explanation on the subject matter or any question arising therein. The decision of the Appeal Board on application for special leave shall be final.

15.8 If leave is granted, the appellant shall file a Memorandum of Appeal within 30 days after the date on which such leave is granted.

15.9 The Memorandum of Appeal shall state the grounds of the appeal and supporting reasons and whether the appeal is against the whole or part of the award and if against a part only, must specify the part.

15.10 The Memorandum of Appeal shall be filed with the Appeal Board.

15.11 The Memorandum of Appeal shall be served upon all the other parties to the proceedings in which the award was given and upon the Board which gave the award. The service will be effected through the Appeal Board.

15.12 The Appeal Board shall hear or otherwise dispose of the appeal upon giving notice of not less than 14 days to the parties.

15.13 The Appeal Board shall in its absolute discretion have the power to:

(a) allow the appellant to amend the grounds stated in the Memorandum of Appeal or make any other award, on such terms as it thinks just, to ensure the determination on the merits of the real question in controversy in the proceedings before it;

(b) receive further evidence on any question of fact, and the evidence may be given in such manner as the Appeal Board may direct;

(c) draw any inference of fact which might have been drawn in the proceedings out of which the appeal arose;

(d) require for its use, to be furnished with a copy of the proceedings in which the award appealed against was given;

(e) enlarge time or excuse any delay in respect of anything to be done in the proceedings before it.

15.14 The Appeal Board:

(a) may give any decision or make any award which ought to have been given or
made by the Board, and make such further or other award as the case may require;

(b) may remit the matter with the opinion of the Appeal Board for rehearing and determination by the Board;

(c) shall not be bound to allow the Appeal on the ground merely of misdirection, or of the improper admission or rejection of evidence, unless in the opinion of the Appeal Board substantial wrong or miscarriage or justice has been thereby occasioned.

(d) shall follow these Rules of Arbitration in all procedural aspects of the appeal unless it specifically decides otherwise and in particular:

1. The Appeal Board shall have the same power to allow representation on behalf of the parties appearing before it as are vested in the Board under Rule 5 hereof; or

2. The members of the Appeal Board and a person, appearing before it on behalf of the parties shall have the same immunities as are vested in the members of the Board and persons appearing before it under Rule 13 hereof.

ANNEXE VI

Convention d'arbitrage modèle
(Epstein Cole LLP)

IN THE MATTER OF THE *ARBITRATION ACT*
S.O. 1991, C.17

B E T W E E N:

-and-

MEDIATION/ARBITRATION AGREEMENT

The husband, _____ and the wife, _____ were married on _____ in the

_____ of _____, in the_____.

The husband and the wife have been living separate and apart and wish to negotiate a final agreement with respect to the issues set out in this Agreement and have agreed to submit those issues designated in this Agreement to Philip M. Esptein, Q. as Arbitrator.

SUBMISSION

1. This document constitutes a submission to arbitrate pursuant to the provisions of the *Arbitration Act*, S.O. 1991, c 17 and amendments thereto.

SUBSTANTIVE ISSUES

2. The following issues are submitted for determination (check where appropriate)

( ) Custody or any incident of custody

( ) Access or any incident of access

( ) Child Support

( ) Entitlement to Spousal Support
( ) Duration of Spousal Support

( ) Quantum of Spousal Support

( ) Lump Sum Support

( ) All Property issues

( ) Other (specify)

( ) Costs

2.1 The above issues are being submitted (check where appropriate)

( ) for determination of interim relief if necessary

( ) for final determination

CONFIDENTIALITY

4. The proceedings and the record thereof shall be private and confidential, subject only to their being produced in proceedings for a judicial review.

SUPPORT

5. Issues related to child support and spousal support (on an interim and permanent basis) shall be determined in accordance with the provisions of the *Family Law Act*,R.S.O. 1990, c.F.3, as amended, or the *Divorce Act*, R.S.C. 1991 c. D-3.4 (2nd Supp.), as amended as may be applicable.

CUSTODY AND ACCESS

6. Issues related to custody and access of children (on an interim and permanent basis) shall be determined in accordance with the provisions of the *Children's Law Reform Act*, R.S.O, 1990, c. C12 or, if a divorce has been granted or the

parties are involved in divorce proceedings, then under the *Divorce Act*, R.S.C. 1991 c. D-3.4 (2nd Supp.), as amended.

PROPERTY

7. All property issues (and interim property issues) shall be determined in accordance with the provisions of the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, C.F.3, as amended.

WAIVER OF RIGHTS TO LITIGATE IN COURTS

8. By submitting to arbitration those issues designated in paragraph 3 above, the parties herby waive any right to further litigate those issues in Court, whether pursuant to the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c.F.3, as amended; the *Divorce Act*, R.S.O. 1991, c.D-3.4 (2nd Supp.), as amended; or any other statute or law.

MEDIATION

9. On a date to be determined at the offices of Epstein Cole LLP, Mr. Epstein shall conduct a mediation with the parties and their counsel in respect of the issues in dispute.

10. If the mediation does not result in a settlement, then an arbitration will take place at a date to be fixed by the Arbitrator at the offices of Epstein Cole, LLP.

PROCEDURAL ISSUES IN RESPECT OF THE ARBITRATION HEARING

10. Time and Place: The hearing shall take place at the offices of the law firm of Epstein Cole LLP in the City of Toronto and Province of Ontario, at a time and date to be determined.

11. Arbitrator: The Arbitrator shall be Philip M. Epstein, Q.C.

12. Procedure on Hearing: The procedure shall be similar to court procedure wherever possible, and in particular:

a. All witnesses shall be sworn (or affirmed) and shall be subject to examination in chief and cross-examination and re-examination;

b. Each party shall, in accordance with the direction of the Arbitrator deliver to opposing counsel and the Arbitrator, updated and current Financial Statement(s) (Form 69K), the reports of any experts being relied upon by him or her; and copies of a Hearing Record containing copies of court pleadings, if any, and/or a memorandum on outstanding issues.

c. All usual rules for the admissibility of evidence in court proceedings will apply as will the *Rules of Civil Procedure*.

13. Each party shall provide the other party with:

(i) A Position Statement of no more than five (5) typewritten (double-spaced) pages setting out his/her position in respect of the above issues, including all relevant documents;

REPORT OF ARBITRATOR FOLLOWING THE ARBITRATION HEARING

14. After the evidence has been received and submissions on the law have been made the Arbitrator shall deliver an Award on all issues submitted for determination.

AWARD

15. The Arbitrator's Award shall be final and binding upon the parties and shall be incorporated in a consent Order or Judgment, as the case may be, of the Ontario Superior Court of Justice (General Division).

NO RIGHT TO APPEAL

16. The parties hereby waive all rights to appeal the Award of the Arbitrator and the parties' rights will be restricted to applications for judicial review.

ARBITRATOR'S FEES AND DISBURSEMENTS

18. The Arbitrator's fees shall be $500.00 per hour for the hearing, any pre-arbitration conference, interim arbitration, preliminary meetings, mediation, arrangements, preparation for the hearing, preparation of a report and any follow-up. The parties and their solicitors shall be jointly and serially liable for the fees and disbursements of the Arbitrator.

19. Each party shall forthwith provide the Arbitrator with a retainer of $2,500.00, with this retainer to be refreshed from time to time as the Arbitrator shall direct.

COSTS

20. As the issue of costs is submitted to the Arbitrator pursuant to paragraph 2 above, the Arbitrator's discretion regarding costs shall include the power to require one party to pay more than one-half, or all of the Arbitrator's fees and disbursements.

MEDIATION AND ARBITRATION

21. The parties agree that the Arbitrator can mediate all issues under dispute and the participation of the parties and/or their counsel and the Arbitrator in the mediation process shall not disqualify the Arbitrator from arbitrating the disputes.

WAIVER OF ARBITRATOR'S LIABILITY

22. The parties herby waive any claim or tight of action against the Arbitrator arising out of these proceedings.

DATED:

_____ _____

Solicitor for the Husband

Solicitor for the Wife

ANNEXE VII

Certificat d'avis juridique indépendant modèle
(B'nai Brith Canada)

CERTIFICATE OF INDEPENDENT LEGAL ADVICE

I, (name of solicitor), of the City of , in the Municipality of ,
MAKE OATH/AFFIRM AND SAY:

1. I am the solicitor for and am a subscribing witness to this Arbitration-Agreement, and I was present and saw it executed at by the said .

2. I verily believe that the person whose signature I witnessed is the party of the same name referred to in instrument.

3. I have advised the said with respect to the within Arbitration Agreement and I believer that he(she) is fully aware of the nature and effect of the Arbitration Agreement and is signing this document voluntarily.

4. Prior to signing the said Agreement, I thoroughly reviewed the provisions of Ontario's *Family Law Act, Children's Law Reform Act, Succession Law Reform Act* and Canada's *Divorce Act* and any other family law stature or principle under statutory or common law that may affect this party in her (his) particular case and in so doing I explained what rights or benefits he or she may be foregoing by signing the Arbitration Agreement and submitting to the law and procedures provided for under that Agreement.

5. Notwithstanding the generality of the foregoing, I further explained to the person whose signature I witnessed, if necessary for the purposes of this Arbitration, that he or she had a statutory legal duty to provide to his or her spouse or person with whom he or she had cohabited full and frank written financial disclosure of his or her significant assets and significant liabilities as of the date of marriage, the date of separation and as

of the date when the Arbitration Agreement was being signed, pursuant to section 56(4) of Ontario's *Family Law Act*, or any successor legislation, as well as complete written disclosure of his or her gross yearly income for the current and past three annual taxation years, pursuant to the provisions of the *Divorce Act*, and *Family Law Act*, failing which any ruling by the arbitrator or arbitrators could be set aside or not enforced by the Superior Court and, further, to provide any proof in the form of tax returns, pay stubs, corporate tax returns and valuations of business interests or any other such documentation for such purposes, if so requested by the other spouse or by the arbitrators.

6. I have further thoroughly considered with the person whose signature I have witnessed, the educational standards or lack of them, by which the arbitrators assigned to this arbitration conformed and by which they became qualified, or not, in order to arbitrate the dispute or disputes in question under the said Agreement, including the laws and procedures to be employed under it and the extent to which the said arbitrator or arbitrators have an acquaintance with Ontario's *Arbitration Act, Family Law Act, Divorce Act, Succession Law Reform Act* or any of its related statutes or any of its other laws under the province of Ontario and Canada as they may be related to this dispute.

7. Since the Arbitration Agreement pertained to resolving a dispute involving an inheritance, I specifically advised the party to provide to the arbitrators the following documentation and information which I explained was obligatory under Ontario law:

(a) any Last Will and Testament of the Deceased and probate thereof, together with any known copies of any Powers of Attorney granted to Third Parties, (if known);

(b) any holograph Will or other document purporting to represent a testamentary instrument;

(c) the full names, full addresses and phone numbers (if available) of any spouse or children of the deceased, (if any);

(d) the full names, full addresses and phone numbers (if available) of any third parties that may be under a mental and/or physical disability that may have been financially dependent on the deceased;

(e) the full names, full addresses and phone numbers of any known secured or unsecured creditors of the deceased, after having obtained an execution search and Bankruptcy search, (if any); and

(f) the list of all next of kin.

SWORN/AFFIRMED BEFORE ME at the)
City of in the Province of Ontario)
this day of 200__)

_____

_____)
A Commissioner, etc.

ANNEXE VIII

Déclaration sous serment modèle
(B'nai Brith Canada)

AFFIDAVIT OF SOLICITOR AS SUBSCRIBING WITNESS

I, _____ , of the City of _____ in the Municipality of _____ , MAKE OATH/AFFIRM AND SAY:

8. I am the solicitor for and a subscribing witness to this Arbitration Agreement, and I was present and saw it executed at by the said .

9. I have been consulted in my professional capacity by a party named in the annexed agreement as to her obligations and rights under the said agreement and I acted solely for her and discussed with her the rights and obligations that she has with respect to the agreement.

10. It is my belief that has entered into the annexed agreement of her own volition and without fears, threats, compulsion of influence from or any other person.

SWORN/AFFIRMED BEFORE ME at the)
City of in the Province of Ontario)
this day of 200__)

_____

_____
A Commissioner, etc.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

CABs	Ismaili Conciliation and Arbitration Boards
CCFM	Conseil canadien des femmes musulmanes
Charte	Charte canadienne des droits et libertes
Dal. L.J.	Dalhousie Law Journal
FACT	Fathers Are Capable Too
G.A. Res	General Assembly Resolution
L.J.	Law Journal
FEAJ	Fond pour l'education et l'action juridique
Queens L.J.	Queens Law Journal
L.R.O.	Lois revisées de l'Ontario
R.C.S.	Receuil de la Cour supreme

BIBLIOGRAPHIE

Législation

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c.11.

Code civil du Québec.

Code Criminel, L.R.C. 1985, c. C-46.

Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55.

Constitution Act, 1867 (U.K.) 30 & 31 Vict., c.3, s. 92, reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 5.

Loi de 1991 sur l'arbitrage, L.O. 1991 c.17

Loi portant réforme du droit de l'enfance, L.R.O. 1990, c.C.12

Loi portant réforme du droit des successions, L.R.O. 1990, c. S.26.

Loi sur l'arbitrage commercial international, L.R.O. 1990, c. I.9.

Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, c.3, (2nd Supp.).

Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, c.F.3.

Loi sur l'équité en matière de l'emploi, 1995, L.C., c. 44.

Loi sur la protection du consommateur, L.O. 2002, c.30.

Législation et traités internationaux

La Constitution du 4 octobre 1958 (France).

Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État (France).

Resolution, *Declaration on the Elimination of Violence Against Women*, G.A. Res. 48/104, UN GAOR, 1993, Supp. No. 49, UN Doc. A/48/49 (1993).

Jurisprudence

Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (A.G.) [2004] 1 S.C.R. 76.

Dagenais v. CBC [1994] 3 S.C.R. 835.

Duguay v. Thompson-Duguay, [2000] O.J. No. 1541, 7 R.F.L. (5th) 301 (Sup. Ct.).

Eldridge v. British Columbia (A.G.) [1997] 3 S.C.R. 624.

Hartshorne v. Hartshorne [2004] 1 S.C.R. 550.

Hercus v. Hercus, [2001] O.J. No. 534 (Sup.Ct.).

Hill v. Church of Scientology [1995] 2 S.C.R. 1130.

McKinney v. University of Guelph [1990] 3 S.C.R. 229.

Miglin v. Miglin [2003] 1 S.C.R. 303.

N.S. (AG) v. Walsh [2002] 4 S.C.R. 325.

R. v. Big M Drug Mart [1985] 1 S.C.R. 295.

RWDSU v. Dolphin Delivery [1986] 2 S.C.R. 530.

Slaight Communications v. Davidson [1989] 1 S.C.R. 1038.

Stoffman v. Vancouver General Hospital [1990] 3 S.C.R. 483.

Vriend v. Alberta [1998] 1 S.C.R. 493.

Sources secondaires

Addis, Adeno, 'On Human Diversity and the Limits of Toleration' in Ian Shapiro and Will Kymlicka eds., Ethnicity and Group Rights (New York: New York University Press, 1997).

Ali, Syed Mumtaz, 'Islamic Institute of Civil Justice and Muslim Court of Arbitration' (Muslim Society of Canada, 2003).

Ali, Syed Mumtaz, News Bulletin, (Canadian Society of Muslims, août 2004).

Ali, Syed Mumtaz, 'Oh! Canada—Whose land? Whose dream?'(The Canadian Society of Muslims, 1991, en ligne: < http://muslim-canada.org/ocanada.pdf>.

Ali, Syed Mumtaz and Rabia Mills, 'The beginnings of Muslim Civil Justice System in Canada' en ligne: < http://muslim-canada.org/DARLQADAform2andhalf.html>.

Armstrong, Sally, 'Criminal Justice' *Chatelaine* (novembre 2004) 152.

Attorney General of Ontario, Request for Proposals for Family Mediation and Information Services at the Family Court of the Superior Court of Justice (décembre 2003).

Australian Law Reform Commission, *Multiculturalism and the Law: Report No. 57*, (Australian Law Reform Commission, 1992).

Behiery, V. A., A.M. Guenther, *Islam: Its Roots and Wings*, (Mississauga: Conseil canadien de femmes musulmanes, 2000).

British Columbia Law Reform Commission Report on Arbitration (British Columbia Law Reform Commission, 1982).

Canadian Panel on Violence Against Women, *Final Report, Changing the Landscape: Ending Violence~Achieving Equity* (Canadian Panel on Violence Against Women, 1993).

First girls expelled over French headscarf ban' CBC News Online, en ligne: <http://www.cbc.ca/stories/2004/10/20/world/france_headscarves041020>.

Gee, Marcus, 'Secular France, uncovered' *The Globe and Mail* (19 décembre 2003) A2.

Goundry, S.A. et. al., *Family Mediation in Canada: Implications for Women's Equality* (Ottawa: Condition féminine Canada, 1998).

Hughes, Patricia, 'Recognizing Substantive Equality as a Foundational Constitutional Principle' (1999) 22:2 Dal. L.J. 1.

Hogg, P.W., *Constitutional Law of Canada*, (Toronto: Thomson Carswell, 2003).

Hurst, Lynda, 'Ontario Shariah tribunals assailed' *The Toronto Star* (2 May 2004), en ligne: <www.thestar.com>.

Hurst, Lynda, 'Protest rises over Islamic law in Toronto' *The Toronto Star* (8 June 2004), en ligne: <www.thestar.com>.

Islamic Institute of Civil Justice, Brochure, en ligne: < http://muslim-canada.org/brochure.htm>.

Johns Hopkins School of Public Health, and Centre for Health and Gender Equity, 'Issues in World Health' in XXVII:4 *Population Reports: Ending Violence Against Women* (Baltimore: Johns Hopkins School of Public Health, Center for Health an Gender Equity, 1999).

Joseph, Norma Baumel, Evelyn Beker Brook, Marilyn Bicher, ' 'Untying the Bonds' Jewish Divorce: A GET Education Video and Guidebook' (The Coalition of Jewish Women for the Get, 1997).

Kepel, Gilles, *Jihad: The Trail of Political Islam* (Harvard University Press, 2002).

Krauss, Clifford ,'When the Koran speaks, will Canadian law bend?' *The New York Times* (4 août 2004) A4.

Kutty, Faisal, 'Canada's Islamic Dispute Resolution Initiative Faces Strong Opposition' Washington Report on Middle East Affairs (May 2004) 70, en ligne: <http://www.wrmea.com/archives/May_2004/0405070.html>.

Kutty, Faisal and Ahmad Kutty, 'Shariah courts in Canada: myth and reality' *The Law Times* (31 mai 2004) 7.

Kymlicka, Will *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (Oxford: Clarendon Press, 1995).

Magnan, Pierre 'La Justice Minoritaire et le Mensonge du Plus Froid des Monstres Froids: Perspectives Libérales sur la Reconnaissance des Droits Minoritaires' (2000) 25 Queen's L. J. 549.

Magnet, Joseph Eliot, *Constitutional Law of Canada: cases, notes and materials*, 8th ed. vol. 2 (Edmonton: Juriliber, 2001).

Manji, Irshad, *The Trouble With Islam: A Wake-Up Call for Honesty and Change* (Toronto: Random House Canada, 2003).

Monahan, Patrick, *Constitutional Law*, 2nd ed. (Irwin Law Inc., 2002).

'More than 100 girls defy France's headscarf ban' CBC News Online, en ligne: <http://www.cbc.ca/story/world/national/2004/09/08/headscarves040908.html>.

Ontario, *Report of the Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System*, (Queen's Printer for Ontario, 1995) (Co-présidents: David Cole and Margaret Gittens).

Rudner, Martin, 'Challenge and Response: Canada's Intelligence Community and the War on Terrorism' (2004) 11:2 Canadian Foreign Policy 17.

Shachar, Ayelet, 'Group Identity and Women's Rights in Family law: The Perils of Multicultural Accommodation' (1998) 6:3 The Journal of Political Philosophy 285.

Shachar, Ayelet, *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001) p. 73.

Shachar, Ayelet 'Reshaping the Multicultural Model: Group Accommodation and Individual Rights', (janvier 1998) 8 Windsor Review of Legal and Social Issues 83.

'Sharia debate rages on in Canada' *Pakistan Daily Times* (23 août 2004).

'Some Canadians may use Shariah law' *AlJazeera.net*, en ligne: < http://english.aljazeera.net>.

Statistics Canada, *CANSIM Table 202-0102* (Ottawa: Statistiques Canada, 2004), en ligne: <http://www.statcan.ca/english/Pgdb/labor01a.htm>.

Stolzenberg, Nomi Maya, 'A Tale of Two Villages' in Ian Shapiro and Will Kymlicka eds., Ethnicity and Group Rights, (New York: New York University Press, 1997).

Stopler, Gila, 'Countenancing the oppression of women: How liberals tolerate religious and cultural practices that discriminate against women' (2003) 12:1 Columbia Journal of Gender and Law 154.

Taylor, Charles, 'The Politics of Recognition' in Amy Gutman, ed., *Multiculturalism and the Politics of Recognition* (Princeton: Princeton University Press, 1994).

Trevelyan, Laura, 'Will Canada introduce Shariah law?' *BBC News*, en ligne: < http://newsvote.bbc.co.uk>

Uniform Law Conference of Canada *Proceedings of the Seventy-First Annual Meeting* (Uniform Law Conference of Canada, 1989), en ligne: <http://www.bcli.org/ulcc/proceedings/1989.pdf>.

Uniform Law Conference of Canada *Uniform Arbitration Act* (Uniform Law Conference of Canada, 1990), en ligne: <http://www.ulcc.ca/en/us/arbitrat.pdf>.

Valiante, Wahida, 'Domestic Violence – An Islamic Perspective' (Introductif, London Centre and Mosque June 26, 2004).

Van Rhijn, Judy, 'First steps taken for Islamic arbitration board' *The Law Times* (24 novembre 2003).

Van Rhijn, Judy, 'First steps taken for Islamic arbitration board' *The Toronto Star* (25 novembre 2004), en ligne: <www.thestar.com>.

Vitta, Eduardo, 'The Conflict of Personal Laws' (1970) 2 Israel Law Review 170.

Weisbrod, Carol, 'Family, Church and State: An Essay on Constitutionalism and Religious Authority' (1988) 26:4 Journal of Family Law 741.

Women Living Under Muslim Laws, *Knowing Our Rights: Women, family, laws and customs in the Muslim World*, (London: Women Living Under Muslim Laws, 2003).